

Guide législatif de la
CNUDCI
sur les projets d'infrastructure
à financement privé

Établi par la Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international



Nations Unies
New York, 2001

NOTE

Les cotes des documents des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

La reproduction, en tout ou en partie, du texte de la présente publication est autorisée. L'Organisation souhaiterait qu'en pareil cas il soit fait mention de la source et que lui soit communiqué un exemplaire de l'ouvrage où sera reproduit l'extrait cité.

A/CN.9/SER.B/4

Publication des Nations Unies
Numéro de vente F.01.V.4
ISBN 92-1-233345-1

Préface

Le présent *Guide législatif* a été établi par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Outre les représentants des États membres de la Commission, ont participé activement aux travaux des représentants de nombreux autres États et de plusieurs organisations internationales, tant intergouvernementales que non gouvernementales.

C'est en 1996 que la Commission a envisagé la possibilité d'entreprendre des travaux dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, à la suite d'une note du secrétariat sur les projets de type construction-exploitation-transfert (CET)¹. Elle a décidé d'établir un guide législatif sur le sujet et a demandé au secrétariat de rédiger des projets de chapitres². Elle a examiné ces textes de sa trentième à sa trente-troisième session³. Elle a adopté le *Guide législatif* à sa trente-troisième session, tenue à New York du 12 juin au 7 juillet 2000, sous réserve des modifications de forme, qu'elle a chargé le secrétariat d'effectuer. Elle a en outre prié ce dernier d'assurer la diffusion la plus large possible de ce guide⁴.

¹ "Projets de type construction-exploitation-transfert: note du secrétariat" (A/CN.9/424) (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international 1996* (appelé ci-après "l'*Annuaire de la CNUDCI*") (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7, vol. XXVII), deuxième partie, chap. V).

²Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 225 à 230 (*Annuaire de la CNUDCI 1996*, première partie).

³Voir *ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 17* (A/52/17 et Corr. 1), par. 231 à 247 (*Annuaire de la CNUDCI 1997*, vol. XXVIII) (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.6, première partie); *ibid.*, cinquante-quatrième session, *Supplément n° 17* (A/54/17), par. 12 à 307).

⁴Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 372.



Table des matières

	<i>Page</i>
<i>Préface</i>	<i>iii</i>
<i>Ensemble des recommandations concernant la législation</i>	<i>xi</i>
INTRODUCTION ET INFORMATIONS GÉNÉRALES SUR LES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ	1
A. Introduction	1
1. Structure et contenu du <i>Guide</i>	2
2. Terminologie employée dans le <i>Guide</i>	3
B. Informations générales concernant les projets d'infrastructure à financement privé	7
1. Investissement privé et politique en matière d'infrastructures	7
2. Restructuration des secteurs d'infrastructure	10
3. Formes de participation du secteur privé aux projets d'infrastructure	14
4. Structures de financement et sources de financement des projets d'infrastructure	16
5. Principales parties associées à la mise en œuvre de projets d'infrastructure	20
I. CADRE LÉGISLATIF ET INSTITUTIONNEL GÉNÉRAL	25
A. Remarques générales	25
B. Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel	25
1. Principes directeurs généraux pour l'instauration d'un cadre constitutionnel et législatif favorable	25
2. Le droit constitutionnel et les projets d'infrastructure à financement privé	27
3. Législation générale et sectorielle	27
C. Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions	29
1. Organismes autorisés et domaines d'activité pertinents	29
2. Objectif et nature des concessions	30
D. Coordination administrative	31
1. Coordination des mesures préparatoires	31
2. Mesures visant à faciliter la délivrance de licences et de permis	32
E. Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure	33

	<i>Page</i>
1. Compétence sectorielle et attributions des organismes de réglementation	34
2. Mécanismes institutionnels	35
3. Pouvoirs des organismes de réglementation	36
4. Composition et budget des organismes de réglementation	37
5. Réglementation: mécanisme et procédures	38
6. Recours contre les décisions de l'organisme de réglementation	39
7. Règlement des différends entre prestataires de services publics	39
II. RISQUES DE PROJET ET APPUI DES POUVOIRS PUBLICS	41
A. Remarques générales	41
B. Risques de projet et répartition des risques	43
1. Aperçu des principales catégories de risque de projet	43
2. Arrangements contractuels pour la répartition et l'atténuation des risques	47
C. Appui des pouvoirs publics	50
1. Considérations pratiques concernant l'appui des pouvoirs publics	50
2. Formes d'appui des pouvoirs publics	52
D. Garanties accordées par des institutions financières internationales	60
1. Garanties accordées par des institutions de prêt multilatérales	60
2. Garanties accordées par l'Agence multilatérale de garantie des investissements	62
E. Garanties accordées par des organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements	63
III. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE	67
A. Remarques générales	67
1. Procédures de sélection visées par le <i>Guide</i>	67
2. Objectifs généraux des procédures de sélection	68
3. Caractéristiques particulières des procédures de sélection dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé	71
4. Préparatifs pour la procédure de sélection	74
B. Présélection des soumissionnaires	76
1. Invitation à participer à la procédure de présélection	76
2. Critères de présélection	77

	<i>Page</i>
3. Questions relatives à la participation de consortiums de soumissionnaires	78
4. Présélection et préférences nationales	79
5. Contribution aux frais de participation à la procédure de sélection	80
6. Procédure de présélection	80
C. Procédures de sollicitation des propositions	81
1. Phases de la procédure	82
2. Teneur de la sollicitation définitive de propositions	83
3. Éclaircissements et modifications	89
4. Critères d'évaluation	89
5. Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions	92
6. Négociations finales et attribution du projet	94
D. Attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition	95
1. Circonstances justificatrices	96
2. Mesures visant à améliorer la transparence dans l'attribution de concessions sans procédure de mise en compétition	97
E. Propositions spontanées	99
1. Considérations de politique générale	99
2. Traitement des propositions spontanées	102
F. Confidentialité	105
G. Avis d'attribution du projet	106
H. Conservation des actes et informations liés à la procédure de sélection et d'attribution	106
I. Procédures de recours	109
IV. CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE: CADRE LÉGISLATIF ET ACCORD DE PROJET	113
A. Dispositions générales de l'accord de projet	113
1. L'accord de projet dans la législation	113
2. Droit applicable à l'accord de projet	114
3. Conclusion de l'accord de projet	115
B. Organisation du concessionnaire	116
C. Site et biens du projet et servitudes	118
1. Propriété des biens du projet	118
2. Acquisition des terrains nécessaires à l'exécution du projet	121

	<i>Page</i>
3. Servitudes	122
D. Arrangements financiers	122
1. Obligations financières du concessionnaire	123
2. Fixation et réglementation des redevances	123
3. Obligations financières de l'autorité contractante	127
E. Sûretés	129
1. Sûretés sur des biens corporels	130
2. Sûretés sur des biens incorporels	130
3. Sûretés sur des créances commerciales	132
4. Sûretés sur la société de projet	133
F. Cession de la concession	133
G. Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet	134
H. Projets de construction	136
1. Examen et approbation des plans de construction	136
2. Modification des modalités du projet	137
3. Pouvoirs de surveillance de l'autorité contractante	138
4. Période de garantie	139
I. Exploitation de l'infrastructure	139
1. Normes de résultat	140
2. Extension des services	140
3. Continuité du service	141
4. Égalité de traitement des clients ou usagers	142
5. Raccordement et accès aux réseaux d'infrastructure	142
6. Obligation d'information	143
7. Pouvoirs conférés au concessionnaire pour faire respecter les obligations	144
J. Arrangements contractuels généraux	145
1. Sous-traitance	145
2. Responsabilité à l'égard des usagers et des tiers	147
3. Garanties de bonne exécution et assurance	148
4. Changements de circonstances	153
5. Clauses exonératoires	156
6. Manquements et recours	159
V. DURÉE, PROROGATION ET RÉSILIATION DE L'ACCORD DE PROJET	165
A. Remarques générales	165
B. Durée de l'accord de projet	165
C. Prorogation de l'accord de projet	166

	<i>Page</i>
D. Résiliation	167
1. Résiliation par l'autorité contractante.	169
2. Résiliation par le concessionnaire.	173
3. Résiliation par l'une ou l'autre partie.	175
E. Conséquence de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet	176
1. Transfert de biens associés au projet	176
2. Arrangements financiers au moment de la résiliation .	179
3. Mesures de liquidation et mesures d'accompagnement	183
 IV. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	 189
A. Remarques générales	189
B. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire	190
1. Considérations générales sur les méthodes de prévention et de règlement des différends	191
2. Méthodes couramment utilisées pour prévenir et régler les différends	192
C. Différends entre les promoteurs du projet et entre le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs.	204
D. Différends auxquels sont parties des clients ou des usagers de l'infrastructure	204
 VII. AUTRES DOMAINES PERTINENTS DU DROIT.	 207
A. Remarques générales	207
B. Autres domaines pertinents du droit	207
1. Promotion et protection des investissements	207
2. Droit de la propriété.	208
3. Sûretés.	209
4. Droit de la propriété intellectuelle	211
5. Règles et procédures d'expropriation.	213
6. Règles applicables aux marchés publics et droit administratif	214
7. Droit des contrats privés	215
8. Droit des sociétés	216
9. Droit fiscal	217
10. Règles et pratiques comptables.	219
11. Protection de l'environnement	220
12. Droit relatif à la protection des consommateurs	221
13. Droit de l'insolvabilité.	222
14. Mesures anticorruption	222

	<i>Page</i>
C. Accords internationaux	223
1. Appartenances aux institutions financières internationales	223
2. Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges	224
3. Accords internationaux sur des secteurs particuliers ..	224
<i>Index</i>	227

Ensemble des recommandations concernant la législation

Avant-propos

Les pages qui suivent contiennent un ensemble de principes recommandés intitulés “Recommandations concernant la législation”. Ces recommandations ont pour objet d’aider à la mise en place d’un cadre législatif favorable aux projets d’infrastructure à financement privé. Elles sont suivies de notes qui offrent une introduction analytique et traitent de questions financières, réglementaires et juridiques ainsi que de questions de politique et autres questions liées au sujet examiné. Il est conseillé de lire les recommandations et les notes conjointement, les secondes donnant des informations générales qui permettent de mieux comprendre les premières.

Les recommandations concernant la législation portent sur des questions qu’il est important de traiter dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d’infrastructure à financement privé. Elles n’abordent pas d’autres domaines du droit qui, comme il est indiqué dans les notes, ont également un impact sur ce type de projets. Par ailleurs, pour que des projets d’infrastructure à financement privé puissent être menés à bien, il faut généralement davantage que la mise en place d’un cadre législatif approprié, notamment des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, des ressources humaines et financières appropriées ainsi qu’une économie stable.

Il est recommandé aux pays hôtes souhaitant promouvoir des projets d’infrastructure à financement privé de donner effet dans leur droit interne aux principes ci-après:

I. Cadre législatif et institutionnel général

Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel (voir chap. I, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 2 à 14)

Recommandation 1. Le cadre constitutionnel, législatif et institutionnel nécessaire à l’exécution des projets d’infrastructure à financement privé devrait avoir pour objectif d’assurer la transparence, l’équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets. Toutes restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l’exploitation des infrastructures devraient être éliminées.

Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 15 à 22)

Recommandation 2. La loi devrait spécifier les autorités publiques du pays hôte (à savoir, selon qu'il convient, les autorités nationales, provinciales et locales) habilitées à attribuer des concessions et à conclure des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé.

Recommandation 3. Les projets d'infrastructure à financement privé peuvent comprendre des concessions pour la construction et l'exploitation de nouveaux ouvrages et de nouveaux systèmes ou pour la maintenance, la modernisation, l'expansion et l'exploitation d'ouvrages et de systèmes existants.

Recommandation 4. La loi devrait spécifier les secteurs ou les types d'infrastructure pour lesquels des concessions peuvent être attribuées.

Recommandation 5. La loi devrait spécifier dans quelle mesure une concession peut s'étendre à l'ensemble de la région relevant de la compétence de l'autorité contractante ou seulement à une subdivision géographique de cette région ou encore à un projet particulier, et si elle peut être attribuée avec ou sans droit d'exclusivité, selon les cas, conformément aux règles et principes de droit, aux dispositions législatives, à la réglementation et aux politiques s'appliquant au secteur visé. Les autorités contractantes pourraient être habilitées à s'unir pour attribuer des concessions lorsque la compétence de chacune d'entre elles est en jeu.

Coordination administrative (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29)

Recommandation 6. Des mécanismes institutionnels devraient être établis afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation des ouvrages du type proposé.

Fonction de réglementation des services d'infrastructure (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53)

Recommandation 7. La fonction de réglementation des services d'infrastructure ne devrait pas être confiée à des entités qui fournissent directement ou indirectement de tels services.

Recommandation 8. La fonction de réglementation devrait être confiée à des organismes fonctionnellement indépendants et ayant une autonomie suffisante, de manière à ce que les décisions soient prises sans ingérence politique ou pressions inopportunes des exploitants d'infrastructures et des prestataires de services publics.

Recommandation 9. Les règles régissant les procédures de réglementation devraient être rendues publiques. Les décisions touchant à la réglementation devraient être motivées et accessibles aux parties intéressées par voie de publication ou par d'autres moyens.

Recommandation 10. La loi devrait établir des procédures transparentes en vertu desquelles le concessionnaire pourrait demander un réexamen des décisions touchant à la réglementation par un organisme indépendant et impartial, y compris par un tribunal, et devrait énoncer les motifs pouvant fonder une telle demande.

Recommandation 11. Des procédures spéciales devraient être établies, s'il y a lieu, pour régler les différends entre les prestataires de services publics concernant les infractions présumées aux lois et réglementations régissant le secteur visé.

II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics

Risques de projet et répartition des risques (voir chap. II, “Risques de projet et appui des pouvoirs publics”, par. 8 à 29)

Recommandation 12. Aucune restriction légale ou réglementaire injustifiée ne devrait limiter la faculté de l'autorité contractante de convenir d'une répartition des risques adaptée aux besoins du projet.

Appui des pouvoirs publics (voir chap. II, “Risques de projet et appui des pouvoirs publics”, par. 30 à 60)

Recommandation 13. La loi devrait clairement indiquer les autorités publiques du pays hôte qui sont autorisées à fournir un appui financier ou économique pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé et quelles formes cet appui peut revêtir.

III. Sélection du concessionnaire

Considérations générales (voir chap. III, “Sélection du concessionnaire”, par. 1 à 33)

Recommandation 14. La loi devrait prévoir la sélection du concessionnaire au moyen d'une procédure de mise en compétition transparente, efficace et adaptée aux exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé.

Présélection des soumissionnaires (voir chap. III, “Sélection du concessionnaire”, par. 34 à 50)

Recommandation 15. Les soumissionnaires devraient faire la preuve qu'ils satisfont aux critères de présélection que l'autorité contractante juge appropriés pour le projet visé, notamment:

a) Posséder les qualifications professionnelles et techniques, les ressources humaines, les équipements et autres moyens matériels nécessaires pour mener à bien toutes les phases du projet, à savoir la conception, la construction, l'exploitation et la maintenance;

b) Être en mesure de gérer les aspects financiers du projet et de faire face sur le long terme aux besoins de financement pour la conception, la construction et l'exploitation;

c) Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'infrastructures publiques.

Recommandation 16. Les soumissionnaires devraient être autorisés à constituer des consortiums pour soumettre leurs propositions, à condition que chacun des membres d'un consortium présélectionné ne puisse participer, directement ou par l'intermédiaire de filiales, qu'à un seul consortium soumissionnaire.

Recommandation 17. L'autorité contractante devrait établir une liste restreinte des soumissionnaires présélectionnés qui seront ultérieurement invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée.

Procédure de sollicitation de propositions (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 51 à 84)

Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

Recommandation 18. Une fois la procédure de présélection terminée, l'autorité contractante devrait prier les soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions définitives.

Recommandation 19. Nonobstant ce qui précède, l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés, lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir un cahier des charges ou des indicateurs de résultats et des clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après devraient s'appliquer:

a) L'autorité contractante devrait tout d'abord inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions sur la base des spécifications concernant le produit demandé et d'autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles proposées;

b) L'autorité contractante peut réunir les soumissionnaires afin de clarifier certains points de la sollicitation initiale de propositions;

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser le cahier des charges et les clauses contractuelles initiaux avant de publier une sollicitation définitive de propositions.

Teneur de la sollicitation définitive de propositions

Recommandation 20. La sollicitation définitive de propositions devrait inclure au minimum les renseignements suivants:

a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions;

b) Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante concernant

les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement;

c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante;

d) Critères d'évaluation des propositions, importance relative à accorder à chacun de ces critères et manière de les appliquer dans l'évaluation des propositions.

Éclaircissements et modifications

Recommandation 21. L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, modifier la sollicitation définitive de propositions en publiant des additifs dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.

Critères d'évaluation

Recommandation 22. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques devraient permettre de déterminer la mesure dans laquelle la proposition présentée par le soumissionnaire peut satisfaire les besoins de l'autorité contractante, et porter notamment sur les éléments suivants:

a) Rationalité technique;

b) Faisabilité opérationnelle;

c) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité;

d) Potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

Recommandation 23. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales peuvent inclure, selon qu'il convient:

a) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, redevances, prix unitaires et autres charges proposés;

b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante devra effectuer, le cas échéant;

c) Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur courante des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance;

d) L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, des pouvoirs publics;

e) La rationalité des arrangements financiers proposés;

f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles proposées.

Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions

Recommandation 24. L'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux qui doivent être pris en considération dans les propositions, conformément aux critères énoncés dans la sollicitation de propositions. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils devraient être considérées comme non conformes.

Recommandation 25. Qu'elle ait ou non recouru à une procédure de présélection, l'autorité contractante peut conserver le droit d'exiger des soumissionnaires qu'ils confirment leurs qualifications conformément aux critères et procédures énoncés dans la sollicitation de propositions ou dans le dossier de présélection, selon qu'il convient. En cas de procédure de présélection, les critères devraient être les mêmes que ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

Négociations finales et attribution du projet

Recommandation 26. L'autorité contractante devrait classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et inviter à une négociation finale le soumissionnaire qui a présenté la proposition ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne peuvent pas porter sur les clauses contractuelles déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

Recommandation 27. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un accord de projet, elle devrait informer ce dernier qu'elle y met fin et inviter ensuite les autres soumissionnaires à des négociations en fonction de leur note jusqu'à ce qu'elle parvienne à un accord de projet ou rejette toutes les propositions restantes.

Attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 85 à 96)

Recommandation 28. La loi devrait énoncer les cas exceptionnels dans lesquels l'autorité contractante peut être autorisée à attribuer une concession sans recourir à une procédure de mise en compétition, par exemple:

- a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d'ouvrir une procédure de sélection avec mise en compétition;
- b) Lorsque les projets sont de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas un faible montant spécifié;
- c) Pour des raisons de défense ou de sécurité nationale;
- d) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé (par exemple, en raison de la nécessité d'utiliser une technologie brevetée ou un savoir-faire unique);

e) En cas de propositions spontanées du type mentionné dans les recommandations 34 et 35;

f) Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsqu'aucune proposition n'a satisfait aux critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions, et lorsque, de l'avis de l'autorité contractante, la publication d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet;

g) Dans d'autres cas où l'autorité supérieure du pays hôte autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

Recommandation 29. La loi peut imposer la procédure ci-après pour l'attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition:

a) L'autorité contractante devrait publier un avis pour faire connaître son intention d'attribuer une concession pour l'exécution du projet proposé et mener des négociations avec un nombre aussi grand que possible de sociétés jugées capables d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

b) Les offres devraient être évaluées et notées conformément aux critères d'évaluation fixés par l'autorité contractante;

c) Sauf dans le cas visé au paragraphe c) de la recommandation 28, l'autorité contractante devrait faire publier un avis d'attribution de la concession, indiquant les circonstances et les motifs précis de l'attribution de la concession sans procédure de mise en compétition.

Propositions spontanées (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 97 à 117)

Recommandation 30. À titre d'exception aux procédures de sélection décrites dans les recommandations 14 à 27, l'autorité contractante peut être autorisée à examiner des propositions spontanées conformément à une procédure spécifique prévue par la loi à cette fin, à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé une procédure de sélection.

Procédure de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

Recommandation 31. Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante devrait faire savoir à son auteur, dans un délai raisonnablement court, si le projet présente ou non un intérêt général potentiel. Dans l'affirmative, elle devrait l'inviter à soumettre une proposition officielle suffisamment détaillée pour qu'il soit possible d'évaluer de façon satisfaisante le concept ou la technologie et déterminer si la proposition répond aux conditions imposées par la loi et est susceptible d'être appliquée avec succès à l'échelle prévue dans le projet proposé.

Recommandation 32. L'auteur de la proposition devrait conserver la propriété de tous les documents soumis pendant toute la procédure et ces documents devraient lui être restitués si la proposition est rejetée.

Procédure de traitement des propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés

Recommandation 33. L'autorité contractante devrait entamer une procédure de sélection avec mise en compétition conformément aux recommandations 14 à 27 ci-dessus s'il s'avère que l'exécution du projet est possible sans recours à un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, ou si le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent. L'auteur de la proposition spontanée devrait être invité à participer à cette procédure et pourrait bénéficier d'un avantage du fait de sa proposition.

Procédure de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

Recommandation 34. S'il apparaît qu'il ne serait pas possible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, l'autorité contractante devrait rechercher des éléments de comparaison. À cette fin, elle devrait publier une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné raisonnable.

Recommandation 35. L'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition spontanée si aucune autre proposition n'a été reçue, sous réserve de l'approbation d'une autorité supérieure. Si d'autres propositions sont soumises, l'autorité contractante devrait inviter tous leurs auteurs à participer à des négociations conformément aux dispositions a) à c) de la recommandation 29.

Confidentialité (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 118)

Recommandation 36. Les négociations entre l'autorité contractante et les soumissionnaires devraient être confidentielles et une partie aux négociations ne devrait révéler à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie.

Avis d'attribution du projet (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 119)

Recommandation 37. L'autorité contractante devrait faire publier un avis d'attribution du projet. Cet avis devrait désigner le concessionnaire et comporter un résumé des principales clauses de l'accord de projet.

Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d’attribution (voir chap. III, “Sélection du concessionnaire”, par. 120 à 126)

Recommandation 38. L’autorité contractante devrait dûment conserver les principales informations liées aux procédures de sélection et d’attribution. La loi devrait énoncer les conditions d’accès du public à ces informations.

Procédure de recours (voir chap. III, “Sélection du concessionnaire”, par. 127 à 131)

Recommandation 39. Les soumissionnaires qui déclarent avoir subi, ou qui peuvent subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d’une obligation imposée par la loi à l’autorité contractante peuvent introduire un recours contre les actes de l’autorité contractante conformément aux lois du pays hôte.

**IV. Construction et exploitation de l’infrastructure:
cadre législatif et accord de projet**

Dispositions générales de l’accord de projet (voir chap. IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 1 à 11)

Recommandation 40. La loi pourrait indiquer les principales clauses devant figurer dans l’accord de projet, qui pourraient comprendre les clauses mentionnées dans les recommandations 41 à 68 ci-après.

Recommandation 41. Sauf disposition contraire, l’accord de projet devrait être régi par la loi du pays hôte.

Organisation du concessionnaire (voir chap. IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 12 à 18)

Recommandation 42. L’autorité contractante devrait avoir la possibilité d’exiger des soumissionnaires sélectionnés qu’ils constituent une personne morale indépendante ayant son siège dans le pays.

Recommandation 43. L’accord de projet devrait préciser le capital minimum de la société de projet ainsi que la procédure d’approbation par l’autorité contractante des statuts de cette société et des modifications essentielles de ces statuts.

Site du projet, biens et servitudes (voir chap. IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 19 à 32)

Recommandation 44. L’accord de projet devrait préciser, lorsqu’il y a lieu, les biens qui seront la propriété de l’État et ceux qui seront la propriété privée du concessionnaire. Il devrait indiquer les biens que le concessionnaire est tenu de transférer à l’autorité contractante ou à un

nouveau concessionnaire à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet; les biens que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, racheter au concessionnaire et les biens que le concessionnaire peut librement retirer ou dont il peut librement disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet.

Recommandation 45. L'autorité contractante devrait aider le concessionnaire à acquérir les droits relatifs au site du projet nécessaires à la construction, à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage. La loi pourrait autoriser le concessionnaire à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y fixer des installations selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance de l'ouvrage.

Arrangements financiers (voir chap. IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 33 à 51)

Recommandation 46. La loi devrait permettre au concessionnaire de percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou des services qu'il fournit. L'accord de projet devrait prévoir des méthodes et formules d'ajustement de ces redevances ou droits.

Recommandation 47. Lorsque les redevances ou droits demandés par le concessionnaire sont soumis au contrôle externe d'un organisme de réglementation, la loi devrait énoncer les mécanismes de révision périodique et extraordinaire des formules d'ajustement.

Recommandation 48. L'autorité contractante devrait être habilitée, s'il y a lieu, à convenir d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances que doivent acquitter les utilisateurs ou à s'engager à acheter des quantités déterminées de biens ou de services.

Sûretés (voir chap. IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 52 à 61)

Recommandation 49. Le concessionnaire devrait avoir la charge de mobiliser les fonds nécessaires pour construire et exploiter l'ouvrage et, à cette fin, il devrait avoir le droit d'obtenir tout financement requis pour le projet en constituant une sûreté sur l'un quelconque de ses biens, en nantissant les actions de la société de projet, en nantissant le produit et les créances provenant de la concession ou en constituant toute autre sûreté appropriée sans préjudice de toute règle de droit pouvant interdire la constitution de sûretés sur un bien public.

Cession de la concession (voir chap. IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 62 et 63)

Recommandation 50. La concession ne devrait pas être cédée à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. L'accord de projet devrait énoncer les conditions auxquelles l'autorité contractante peut donner son consentement à la cession de la concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations

contractées au titre de l'accord de projet et la production par ce dernier de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service.

Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 64 à 68)

Recommandation 51. Sauf disposition contraire, le transfert d'un intérêt majoritaire dans une société concessionnaire peut être soumis à l'assentiment de l'autorité contractante.

Travaux de construction (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 69 à 79)

Recommandation 52. L'accord de projet devrait énoncer les procédures d'examen et d'approbation des plans et spécifications de l'ouvrage, le droit de l'autorité contractante de surveiller la construction dudit ouvrage ou les améliorations apportées à celui-ci, les conditions auxquelles elle peut ordonner des modifications des spécifications et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage, de ses équipements et de ses dépendances.

Exploitation de l'infrastructure (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 80 à 97)

Recommandation 53. L'accord de projet devrait énoncer, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

- a) L'adaptation du service afin de répondre à la demande effective de ce service;
- b) La continuité du service;
- c) La fourniture du service, dans des conditions essentiellement identiques, à tous les usagers;
- d) L'accès non discriminatoire, selon qu'il convient, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le concessionnaire.

Recommandation 54. L'accord de projet devrait indiquer:

- a) La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme de réglementation, selon le cas, des rapports et d'autres informations sur ses activités;
- b) Les procédures permettant de suivre les résultats du concessionnaire et de prendre les mesures raisonnables que l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peut juger appropriées pour veiller à ce que l'ouvrage soit correctement exploité et à ce que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables.

Recommandation 55. Le concessionnaire devrait avoir le droit de publier et de faire appliquer les règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation.

Arrangements contractuels généraux (voir chap. IV, “Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 98 à 150)

Recommandation 56. L'autorité contractante peut se réserver le droit d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou des personnes ayant un lien avec lui. En principe, l'autorité contractante ne devrait pas refuser son approbation, sauf si les contrats contiennent des dispositions incompatibles avec l'accord de projet ou manifestement contraires à l'intérêt général ou aux règles impératives relevant du droit public.

Recommandation 57. Le concessionnaire et ses prêteurs, assureurs et autres cocontractants devraient être libres de choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles, sauf lorsqu'un tel choix irait à l'encontre de l'ordre public du pays hôte.

Recommandation 58. L'accord de projet devrait énoncer:

a) Les formes, la durée et les montants des garanties de bonne exécution que le concessionnaire peut être tenu de fournir pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage;

b) Les polices d'assurance que le concessionnaire peut être tenu de souscrire;

c) L'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit à la suite de modifications de la législation ou d'autres changements de la situation économique ou financière rendant l'exécution de l'obligation sensiblement plus onéreuse que ce qui était initialement prévu. L'accord de projet devrait par ailleurs prévoir, en cas de tels changements, des mécanismes de révision des clauses qui y figurent;

d) La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans l'accord de projet en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable;

e) Les voies de recours ouvertes à l'autorité contractante et au concessionnaire en cas de défaillance de l'autre partie.

Recommandation 59. L'accord de projet devrait énoncer les cas dans lesquels l'autorité contractante peut temporairement assurer l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions, en cas de manquement grave du concessionnaire à ses obligations.

Recommandation 60. L'autorité contractante devrait être autorisée à conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec l'assentiment de ladite autorité, d'un nouveau concessionnaire dans le cadre de l'accord de projet en vigueur, si le concessionnaire initial

manque gravement à l'obligation de fournir le service requis ou si surviennent d'autres événements donnés pouvant justifier la résiliation de l'accord de projet.

V. Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet

Durée et prorogation de l'accord de projet (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet, par. 2 à 8)

Recommandation 61. La durée de la concession devrait être précisée dans l'accord de projet.

Recommandation 62. La concession ne devrait pas être prorogée, sauf dans les cas prévus par la loi, tels que les suivants:

- a) Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable de l'une ou l'autre des parties;
- b) Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques;
- c) Prorogation pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans l'accord de projet et que le concessionnaire ne serait pas en mesure d'amortir pendant la durée normale de l'accord de projet.

Résiliation de l'accord de projet (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 9 à 35)

Résiliation par l'autorité contractante

Recommandation 63. L'autorité contractante devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet:

- a) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations, en raison de son insolvabilité, d'un manquement grave ou pour d'autres motifs;
- b) Pour des raisons d'intérêt général, sous réserve de l'octroi de dommages-intérêts au concessionnaire.

Résiliation par le concessionnaire

Recommandation 64. Le concessionnaire devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet dans des cas exceptionnels spécifiés dans la loi, tels que les suivants:

- a) Manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu de l'accord de projet;
- b) Exécution des obligations du concessionnaire rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'ordres de modification ou

d'autres actes de l'autorité contractante, de changements imprévus des conditions ou d'actes d'autres autorités publiques, et absence de convention entre les parties sur une révision appropriée de l'accord de projet.

Résiliation par l'une ou l'autre partie

Recommandation 65. L'une ou l'autre partie devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties devraient en outre avoir le droit de résilier l'accord de projet par consentement mutuel.

Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 36 à 62)

Transfert de biens à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire

Recommandation 66. L'accord de projet devrait indiquer les critères permettant de fixer, selon qu'il convient, l'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit pour des biens transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou lors de la résiliation de l'accord de projet.

Arrangements financiers lors de la résiliation

Recommandation 67. L'accord de projet devrait spécifier les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation de l'accord de projet, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application de l'accord de projet et l'indemnisation du préjudice subi, y compris du manque à gagner.

Liquidation et mesures transitoires

Recommandation 68. L'accord de projet devrait indiquer, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

- a) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;
- b) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;
- c) La prestation, par le concessionnaire, des services d'exploitation et de maintenance et la fourniture de pièces de rechange, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire.

VI. Règlement des différends

Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire (voir chap. VI, "Règlement des différends", par. 3 à 41)

Recommandation 69. L'autorité contractante devrait être libre de convenir de mécanismes de règlement des différends considérés par les parties comme les mieux adaptés aux besoins du projet.

Différends entre les promoteurs du projet et entre le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs (voir chap. VI, "Règlement des différends", par. 42)

Recommandation 70. Le concessionnaire et les promoteurs du projet devraient être libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler les différends commerciaux entre les promoteurs du projet ou entre le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.

Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage (voir chap. VI, "Règlement des différends", par. 43 à 45)

Recommandation 71. Le concessionnaire peut être tenu de prévoir des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant de ses clients ou d'usagers de l'ouvrage.

Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé*

A. Introduction

1. Les rôles du secteur public et du secteur privé dans le développement des infrastructures ont considérablement évolué au cours de l'histoire. Des services tels que l'éclairage au gaz des voies publiques, la distribution d'électricité, la télégraphie et la téléphonie, les transports en train à vapeur et en tramway électrique ont été créés au XIX^e siècle et, dans de nombreux pays, étaient fournis par des entreprises privées ayant obtenu une licence ou une concession de l'État. De nombreux projets de construction de routes ou de creusement de canaux financés par des fonds privés ont été réalisés à cette époque et le financement international de projets s'est rapidement développé, avec notamment l'émission internationale d'obligations pour financer les chemins de fer et d'autres infrastructures essentielles.

2. Toutefois, on relève pendant la plus grande partie du XX^e siècle une tendance à la prise en charge par l'État des infrastructures et d'autres services. Les exploitants de ces infrastructures étaient souvent nationalisés et la concurrence était réduite par les fusions et les acquisitions. Pendant toute cette période, le degré d'ouverture de l'économie mondiale a également diminué. Les infrastructures n'ont continué à être exploitées par le secteur privé que dans un nombre relativement restreint de pays, avec une concurrence limitée ou inexistante. Dans beaucoup, la place dominante du secteur public dans les infrastructures a été consacrée par la constitution.

3. L'inversion de la tendance (participation d'entreprises privées et concurrence dans le secteur des infrastructures) s'est amorcée au début des années 80 et elle est due à des facteurs à la fois généraux et propres à chaque pays. Parmi les facteurs généraux, on citera d'importantes innovations technologiques, un fort endettement et d'impérieuses contraintes budgétaires limitant la capacité du secteur public à faire face aux besoins croissants en matière d'infrastructures; l'expansion des marchés des capitaux internationaux et locaux, qui améliore l'accès au financement privé; et

*La section B du présent chapitre donne des informations générales sur les questions qui sont examinées d'un point de vue législatif dans les chapitres suivants du *Guide*. Il est vivement recommandé au lecteur de consulter, pour de plus amples informations, les publications d'autres organisations internationales telles que le *Guide sur le développement des infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET)* établi par l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) (publication de l'ONUDI destinée à la vente, numéro ONUDI.95-6.F), le *Rapport sur le développement dans le monde de 1994 – Une infrastructure pour le développement* (New York, Oxford University Press, 1994), et le *Rapport sur le développement dans le monde 1996 – De l'économie planifiée à l'économie de marché* (New York, Oxford University Press, 1996), tous deux publiés par la Banque mondiale, ou encore le *Financement de l'infrastructure privée* (Washington, 1996), publié par la Société financière internationale (SFI).

l'augmentation du nombre d'expériences internationales réussies en matière de participation du secteur privé et de concurrence dans le secteur des infrastructures. Dans de nombreux pays, une nouvelle législation a été adoptée, non seulement pour régir ces opérations mais également pour modifier la structure du marché et les règles de la concurrence dans les secteurs où elles étaient effectuées.

4. Le présent *Guide* a pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre juridique favorable à l'investissement privé dans les infrastructures publiques. Les conseils qui y sont donnés visent à concilier, d'une part, le souhait de faciliter et d'encourager la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure et, d'autre part, diverses préoccupations d'intérêt général du pays hôte. Le *Guide* aborde un certain nombre de questions fondamentales relatives à l'intérêt général dont l'existence est reconnue dans la plupart des systèmes juridiques, même si elles sont traitées de manière souvent différente dans les politiques et les législations. Il s'agit de préoccupations telles que la continuité du service public; le respect des normes fixées par le pays hôte en matière de protection de l'environnement, de santé, de sécurité et de qualité; l'équité des tarifs appliqués; le traitement non discriminatoire des clients ou usagers; la communication de tous les renseignements relatifs à l'exploitation de l'ouvrage et la souplesse nécessaire pour s'adapter aux changements, notamment l'expansion du service pour répondre à un accroissement de la demande. Quant au secteur privé, ses principales préoccupations portent généralement sur des questions telles que la stabilité de l'environnement juridique et économique dans le pays hôte; la transparence des lois et règlements ainsi que la prévisibilité et l'impartialité de leur application; la possibilité d'opposer des droits de propriété à des tiers; l'assurance que le pays hôte respecte la propriété privée et qu'il n'y est porté atteinte que pour des raisons d'intérêt général, et si une indemnisation est versée; et la liberté des parties de convenir de conditions commerciales qui assurent un rendement raisonnable des capitaux investis, à la mesure des risques pris par les investisseurs privés. Le *Guide* ne fournit pas un ensemble de solutions types, mais aide le lecteur à évaluer plusieurs options possibles et à choisir celle qui convient le mieux dans son contexte national ou local.

1. Structure et contenu du Guide

5. Le *Guide* comprend une série de principes intitulés "Recommandations concernant la législation" qui ont pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre législatif favorable aux projets d'infrastructure à financement privé. Les recommandations sont suivies de notes qui constituent une introduction analytique aux différentes questions (financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres) liées au sujet examiné. Il est conseillé de lire conjointement les recommandations et les notes, les secondes donnant des informations générales permettant de mieux comprendre les premières.

6. Les recommandations portent sur des questions qu'il est important de traiter dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d'infrastructure à financement privé. Elles n'abordent pas d'autres domaines du droit qui, comme il est indiqué dans les notes, ont cependant un impact sur

ce type de projets. Par ailleurs, pour que des projets d'infrastructure à financement privé puissent être menés à bien, il faut généralement plus que la mise en place d'un cadre législatif approprié, notamment des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu'une économie stable. Bien que certaines de ces questions soient mentionnées dans les notes, elles ne sont pas traitées dans les recommandations.

7. L'objectif est de faire du *Guide* un ouvrage de référence que les autorités nationales et les organes législatifs pourront consulter lors de l'élaboration de nouvelles lois ou l'examen de l'efficacité des lois et réglementations existantes. À cette fin, il aide à identifier les domaines du droit qui sont plus particulièrement applicables à l'investissement privé dans des projets d'infrastructure publique et examine le contenu des lois qui contribueraient à attirer des capitaux privés, nationaux et étrangers. Le *Guide* ne vise pas à offrir des conseils sur la rédaction d'accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé. Il aborde toutefois certaines questions contractuelles (par exemple, aux chapitres IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet" et V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"), dans la mesure où elles touchent des points qui pourraient être utilement traités dans la législation.

8. Le *Guide* accorde une attention spéciale aux projets d'infrastructure qui comportent une obligation, de la part des investisseurs sélectionnés, d'entreprendre des travaux de construction, de réparation ou d'extension en échange du droit de faire payer, soit au public, soit à une autorité publique, l'utilisation de l'infrastructure ou les services qu'elle fournit. Bien que de tels projets soient parfois associés à d'autres opérations ayant pour but de "privatiser" des fonctions ou des biens de l'État, le *Guide* ne vise pas les opérations de "privatisation" qui ne se rapportent pas à la construction et à l'exploitation d'une infrastructure publique. Le *Guide* ne vise pas non plus les projets d'exploitation de ressources naturelles, tels que les projets d'extraction minière ou d'exploitation de pétrole ou de gaz dans le cadre d'une "concession", d'une "licence" ou d'un "permis" délivré par les autorités publiques du pays hôte.

2. Terminologie employée dans le Guide

9. On trouvera dans les paragraphes ci-après des explications sur le sens et l'emploi de certaines expressions qui reviennent fréquemment dans le *Guide*. Pour les termes non mentionnés ci-dessous, tels que les termes techniques qui apparaissent dans les documents financiers et les documents de gestion, il est conseillé au lecteur de consulter d'autres sources d'information sur le sujet, notamment le *Guide sur le développement des infrastructures selon la*

formule construction-exploitation-transfert (CET) établi par l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI)¹.

a) “Infrastructure publique” et “services publics”

10. Dans le *Guide*, le terme “infrastructure publique” désigne des installations matérielles qui fournissent des services essentiels à la population. On trouve des exemples d'infrastructures publiques correspondant à cette définition dans divers secteurs et elles comprennent divers types d'ouvrages, d'équipements ou de systèmes: centrales et réseaux de distribution (secteur de l'électricité); systèmes de communications téléphoniques urbains et interurbains et réseaux de transmission de données (secteur des télécommunications); installations de dessalement, stations d'épuration des eaux usées, équipements de distribution d'eau (secteur de l'eau); installations et équipements de ramassage et d'élimination des déchets (secteur de l'assainissement); et installations et systèmes utilisés dans les transports publics, tels que réseaux ferrés urbains et interurbains, lignes de métro, lignes d'autobus, routes, ponts, tunnels, ports, lignes aériennes et aéroports (secteur des transports).

11. C'est à chaque pays qu'il appartient, dans le cadre de sa politique générale, de déterminer lesquelles de ses infrastructures sont publiques et lesquelles sont privées. Dans certains, les aéroports appartiennent à l'État; dans d'autres, ils appartiennent au secteur privé mais sont soumis à une réglementation ou aux conditions d'un accord avec l'autorité publique compétente. Les hôpitaux et les établissements médicaux, ainsi que les prisons et les établissements correctionnels peuvent être publics ou privés, selon la préférence du pays. Souvent, mais pas toujours, les centrales électriques et les installations de télécommunications relèvent du secteur public. Aucune opinion n'est émise dans le *Guide* sur le point de savoir où doit être tracée la ligne de démarcation dans un pays donné.

12. Les notions “d'infrastructure publique” et de “services publics” sont bien établies dans la tradition juridique de certains pays, où elles sont parfois régies par un ensemble de règles particulier, que l'on désigne en général sous le nom de “droit administratif” (voir chap. VII, “Autres domaines pertinents du droit”, par. 24 à 27). Toutefois, dans un certain nombre d'autres pays, si les services publics font l'objet d'une réglementation spéciale, ils n'en sont pas pour autant considérés comme intrinsèquement différents d'autres types d'activités. Tels qu'employés dans le *Guide*, les termes “services publics” et “prestataires de service public” n'ont pas le sens technique qu'ils peuvent revêtir dans tel ou tel système juridique.

b) “Concession”, “accord de projet” et expressions apparentées

13. Dans de nombreux pays, les services publics constituent un monopole d'État ou sont soumis à une réglementation spéciale. En pareil cas, la

¹Publication de l'ONUDI, numéro de vente: UNIDO.95.6.F, appelé ci-après “Guide de l'ONUDI sur les projets CET”.

fourniture d'un service public par une entité autre qu'une autorité publique exige, de manière générale, l'obtention d'une autorisation de l'organisme public compétent. Différentes expressions sont employées pour définir ces autorisations dans les lois nationales, et dans certains systèmes juridiques divers types d'autorisation portent des noms différents. Les termes les plus couramment utilisés sont notamment "concession", "franchise", "licence" ou "affermage". Dans certains systèmes juridiques, en particulier dans ceux qui appartiennent à la tradition de droit romain, certaines formes de projets d'infrastructure correspondent à des notions juridiques bien définies telles que "concession de travaux publics" ou "concession de service public". Dans le *Guide*, le terme "concession" n'a pas le sens technique qui peut lui être donné dans un système juridique ou un droit interne particulier.

14. Dans le *Guide*, le terme "accord de projet" désigne un accord conclu entre une autorité publique et l'entité ou les entités privées sélectionnées pour exécuter le projet, et qui énonce les termes et conditions de la construction ou de la modernisation, de l'exploitation et de la maintenance de l'infrastructure. D'autres expressions qui peuvent être employées dans certains systèmes juridiques pour désigner un tel accord, par exemple "accord de concession" ou "contrat de concession", ne sont pas utilisées dans le *Guide*.

15. Le *Guide* emploie le terme "concessionnaire" pour désigner d'une façon générale une entité qui exécute des projets d'infrastructure publique dans le cadre d'une concession octroyée par une autorité publique du pays hôte. Le terme "société de projet" est parfois utilisé pour désigner spécifiquement une personne morale indépendante créée pour exécuter un projet particulier.

c) Références aux autorités nationales

16. Au sens du *Guide*, le terme "pouvoirs publics" englobe les diverses autorités publiques du pays hôte chargées d'élaborer ou d'exécuter les politiques au niveau national, provincial ou local. Le terme "autorités publiques" désigne en particulier des entités de l'exécutif ou rattachées à cette branche. Les termes "organes législatifs" et "législateur" désignent spécifiquement les organes qui exercent un pouvoir législatif dans le pays hôte.

17. Le terme "autorité contractante" est généralement employé dans le *Guide* pour désigner l'autorité publique du pays hôte qui assume la responsabilité générale du projet et au nom de laquelle ce dernier est attribué. Cette autorité peut être aussi bien nationale que provinciale ou locale (voir par. 69 et 70 ci-après).

18. Le terme "organisme de réglementation" désigne dans le *Guide* l'autorité publique habilitée à publier et faire appliquer des règles ou une réglementation régissant l'exploitation de l'infrastructure. Cet organisme peut être créé par une loi avec pour but particulier de réglementer un secteur d'infrastructure.

d) “*Construction-exploitation-transfert*” et expressions apparentées

19. Les divers types de projets désignés dans le *Guide* comme projets d'infrastructure à financement privé sont parfois répartis en plusieurs catégories, suivant le type de participation du secteur privé ou le régime de propriété de l'infrastructure en question, comme il est indiqué ci-dessous:

a) “*Construction-exploitation-transfert*” (CET). On parle de projet CET lorsque l'autorité contractante sélectionne un concessionnaire pour financer et construire une infrastructure ou un système et accorde à cette entité le droit de l'exploiter commercialement pour une période donnée à la fin de laquelle l'ouvrage est transféré à l'autorité contractante;

b) “*Construction-transfert-exploitation*”. Cette expression est parfois utilisée pour insister sur le fait que l'infrastructure devient la propriété de l'autorité contractante immédiatement après son achèvement, le concessionnaire se voyant octroyer le droit de l'exploiter pendant une période donnée;

c) “*Construction-location-exploitation-transfert*” ou “*construction-bail-exploitation-transfert*”. Il s'agit de variantes des projets “*construction-exploitation-transfert*” ou “*construction-transfert-exploitation*” dans lesquelles aux obligations et autres conditions généralement associées aux projets CET vient s'ajouter la location par le concessionnaire, pendant la durée de l'accord, des biens corporels sur lesquels l'ouvrage est situé;

d) “*Construction-propriété-exploitation-transfert*”. Il s'agit de projets dans lesquels un concessionnaire est engagé pour financer, construire, exploiter et entretenir une infrastructure donnée en contrepartie de quoi il est autorisé à percevoir des usagers des redevances et autres droits. L'entité privée est alors propriétaire de l'ouvrage et des actifs jusqu'au transfert à l'autorité contractante;

e) “*Construction-propriété-exploitation*”. Cette expression désigne des projets dans lesquels le concessionnaire est propriétaire de l'ouvrage à titre définitif et n'est pas tenu de le transférer à l'autorité contractante.

20. Outre les appellations qui visent à faire ressortir le régime de propriété particulier des projets, il en existe d'autres qui font ressortir une ou plusieurs des obligations du concessionnaire. Dans certains cas, une infrastructure existante est remise à une entité privée, avec charge pour elle de la moderniser ou de la remettre en état, de l'exploiter et d'en assurer la maintenance, à titre définitif ou pour une période déterminée. Selon que le secteur privé est ou non propriétaire de l'infrastructure, on parle de “*remise en état-exploitation-transfert*” ou de “*modernisation-exploitation-transfert*”, dans le premier cas, et de “*remise en état-propriété-exploitation*” ou de “*modernisation-propriété-exploitation*” dans le second. L'expression “*conception-construction-financement-exploitation*” est parfois employée pour insister sur le fait que le concessionnaire est en outre chargé de concevoir l'ouvrage et d'en financer la construction.

B. Informations générales concernant les projets d'infrastructure à financement privé

21. Dans la plupart des pays qui se sont dotés récemment d'infrastructures nouvelles en faisant appel à l'investissement privé, les projets ainsi financés offrent un bon moyen de répondre aux besoins en matière d'infrastructures. Parmi les aspects fondamentaux des politiques nationales figurent le degré de concurrence recherché dans chaque secteur, la façon dont chacun d'eux est structuré et les mécanismes qui permettent d'assurer le bon fonctionnement du marché des infrastructures. Les politiques nationales de promotion de l'investissement privé dans les infrastructures s'accompagnent souvent de mesures tendant à faire entrer en concurrence les prestataires de services publics ou à prévenir l'exploitation abusive des situations de monopole lorsque l'appel à la concurrence ne peut être envisagé.

22. Certains pays qui ont mis au point des programmes de promotion de l'investissement privé dans la construction et l'exploitation d'infrastructures publiques ont jugé utile de revoir l'analyse des hypothèses qui avaient présidé à la création des monopoles du secteur public, ainsi que des circonstances historiques et politiques de cette création en vue: a) de déterminer les activités qui conservent le caractère d'un monopole naturel; et b) de déterminer s'il est faisable et souhaitable d'ouvrir certains secteurs à la concurrence.

1. Investissement privé et politique en matière d'infrastructures

23. Les mesures à prendre pour mettre en œuvre une politique d'ouverture à la concurrence de divers secteurs à infrastructures sont essentiellement fonction de la structure du marché. Les principaux éléments qui caractérisent une structure particulière sont les obstacles économiques, juridiques, techniques ou autres à l'entrée des concurrents, le degré d'intégration verticale ou horizontale, le nombre d'entreprises opérant sur le marché et l'existence de produits ou de services de substitution.

a) Politique de concurrence et monopoles

24. *Stricto sensu*, un monopole est un marché où l'offre provient d'un fournisseur unique. En fait, le monopole absolu et la concurrence parfaite sont les deux extrêmes d'un éventail de situations et la plupart des marchés de biens et de services se situent entre ces deux extrêmes. D'une manière générale, on peut distinguer trois catégories de monopoles: les monopoles naturels, les monopoles de droit et les monopoles de fait. Chacune de ces catégories peut appeler une politique différente:

a) Les *monopoles naturels* sont des activités économiques qui permettent à un seul fournisseur de répondre à la demande de l'ensemble du marché à un coût moindre que ne le feraient deux fournisseurs ou plus. C'est la situation typique des activités économiques qui exigent de forts investissements et des équipements très coûteux mais dont les coûts de production par unité supplémentaire (par exemple, un mètre cube d'eau de plus pour répondre à un accroissement de la demande) vont décroissant. Un

monopole naturel exige normalement d'importants investissements fixes initiaux, d'où la difficulté pour une nouvelle entreprise, qui ne peut profiter des mêmes économies d'échelle, de pénétrer sur le marché et de vendre moins cher que l'entreprise en place;

b) Les *monopoles de droit* sont créés par la loi et peuvent couvrir des secteurs ou des activités qui sont ou non des monopoles naturels. Ces derniers n'existent que parce que la concurrence est interdite. Le raisonnement qui a conduit beaucoup de pays à créer des monopoles de droit a souvent été que les besoins du pays en matière d'infrastructures ne pouvaient être convenablement satisfaits, ni en termes de qualité ni en termes de quantité, si on s'en remettait entièrement au marché;

c) Les *monopoles de fait* ne résultent pas nécessairement de fondamentaux économiques ou de dispositions légales, mais simplement de l'absence de concurrence due au fait, par exemple, que l'entreprise dominante est intégrée et qu'elle est en mesure de maîtriser, en excluant tout autre fournisseur, les installations essentielles à sa production.

25. Bien que les monopoles se justifient parfois sur le plan juridique, politique ou social, ils peuvent avoir des effets négatifs sur l'économie. Un prestataire de services en situation de monopole est en général en mesure de fixer des prix supérieurs à ceux qu'il pratiquerait en situation de concurrence. Le surprofit qu'il tire de l'absence de concurrence se traduit par un transfert de richesse du consommateur au producteur. Il est également apparu que les monopoles imposaient un handicap à l'économie, du fait du gonflement des prix résultant d'une production artificiellement faible; du rythme réduit de l'innovation; et du manque d'incitation à abaisser les coûts de production. En outre, dans certains secteurs, ils peuvent avoir des effets secondaires sur d'autres marchés: ainsi, l'absence de concurrence et l'inefficacité dans les télécommunications ont des répercussions négatives sur l'ensemble de l'économie en faisant augmenter les coûts.

26. Malgré leurs inconvénients économiques, les monopoles et autres barrières réglementaires à la concurrence sont parfois conservés, même quand il n'y a plus monopole naturel. L'une des raisons invoquées dans ce cas est que le monopole peut servir certains objectifs de la politique nationale, comme la fourniture à certaines régions ou à certaines catégories de consommateurs de services à bon marché, voire à un coût inférieur au prix de revient. Comme exemple de services qui peuvent être fournis à perte, on peut citer les services téléphoniques de base, l'approvisionnement en eau et en électricité, les transports à tarif réduit pour certaines catégories de voyageurs (écoliers ou personnes âgées, par exemple) et divers services destinés aux ruraux ou aux usagers à faible revenu. Le prestataire de services en situation de monopole est en mesure de financer ces prestations grâce aux subventions internes "croisées" que lui permettent les services bénéficiaires qu'il fournit à d'autres régions ou à d'autres catégories de consommateurs.

27. Pour expliquer le maintien des monopoles de droit qui ne sont pas des monopoles naturels, on invoque aussi la nécessité de rendre le secteur concerné plus intéressant pour l'investisseur privé. Il arrive en effet que les exploitants privés réclament l'exclusivité pour la fourniture d'un service donné, de manière à réduire le risque commercial auquel est exposé leur

investissement. Mais ce souci doit être apprécié au regard des intérêts des consommateurs et de l'ensemble de l'économie. Dans les pays qui estiment devoir accorder des droits exclusifs pour attirer l'investissement privé, il peut être souhaitable d'envisager de restreindre la concurrence, mais pendant un certain temps seulement (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 20 à 22).

b) La concurrence en fonction des secteurs

28. Il y a peu encore, les situations de monopole dominaient dans la plupart des secteurs à infrastructures, soit parce qu'il y existait un monopole naturel, soit parce que des obstacles réglementaires ou d'autres facteurs (par exemple, l'intégration verticale des prestataires de services publics) empêchaient toute concurrence réelle. Mais l'évolution rapide des technologies a étendu le champ potentiel de la concurrence dans ces secteurs:

a) Dans le *secteur des télécommunications*, les nouvelles technologies sans fil non seulement autorisent la téléphonie mobile mais font de surcroît de plus en plus souvent concurrence aux réseaux câblés. D'autres innovations – les fibres optiques, la télévision par câble, la transmission de données par les lignes électriques, la couverture de la planète par les satellites, l'augmentation de la puissance des ordinateurs, l'amélioration des techniques de compression des données, la convergence entre télécommunications, radiodiffusion et traitement des données – ébranlent les monopoles traditionnels et bouleversent la prestation des services. Ces nouveautés et d'autres encore ont ouvert les télécommunications à la concurrence et les pays sont de plus en plus nombreux à laisser le marché y jouer librement en ne limitant que l'accès aux services qui supposent l'emploi de ressources publiques rares, comme les fréquences radio;

b) Dans le *secteur de l'énergie*, les turbines à gaz à cycle combiné et d'autres techniques permettant de produire de l'électricité à petite échelle avec un bon rendement et la fabrication de matériel de production électrique normalisé ont conduit plusieurs pays à modifier la structure monopolistique et verticalement intégrée de leur marché national. L'augmentation de la puissance des ordinateurs et l'amélioration des logiciels de traitement des données permettent de répartir l'électricité plus facilement sur un réseau, d'organiser la mise en partage des puissances produites, et de mettre en place d'autres dispositifs d'accès au réseau et d'échanges;

c) Dans le *secteur des transports* aussi, la technologie est fréquemment à l'origine de l'évolution de l'organisation des activités: l'apparition des conteneurs et d'autres innovations, comme les communications par satellite qui permettent de suivre en continu les expéditions dans le monde entier, ont eu de profondes conséquences pour les transports maritimes, la gestion des ports, les transports ferroviaires et le camionnage, tout en favorisant le développement du transport multimodal.

29. De telles évolutions technologiques ont poussé les législateurs d'un certain nombre de pays à élargir la concurrence au domaine des infrastructures en abolissant les monopoles et les autres barrières à l'entrée du marché, en modifiant l'organisation des infrastructures et en mettant en

place un cadre réglementaire favorisant une concurrence effective. L'étendue de ces initiatives est fonction du secteur, de la taille du marché et de plusieurs autres facteurs.

2. Restructuration des secteurs d'infrastructure

30. Dans beaucoup de pays, l'intervention du secteur privé dans le domaine des infrastructures a été précédée d'une restructuration des secteurs concernés. En général, l'action législative commence par l'abolition des règlements qui interdisent au secteur privé d'intervenir et par l'élimination dans la loi de tout ce qui fait obstacle à la concurrence et ne peut être justifié en invoquant l'intérêt général. Il convient toutefois de noter que le degré d'ouverture à la concurrence d'un secteur donné est décidé en fonction de la politique économique générale du pays. Certains pays, notamment les pays en développement, peuvent avoir légitimement intérêt à développer certains secteurs de l'industrie locale et peuvent donc choisir de ne pas ouvrir certaines infrastructures à la concurrence.

31. S'agissant des situations de monopole qui sont le produit d'interdictions légales et non la résultante de fondamentaux économiques et technologiques, la principale mesure législative à prendre est de faire disparaître les obstacles juridiques, mesure qu'il peut être nécessaire de renforcer en mettant en place des règles de concurrence (interdiction des collusions, des cartels, des prix abusifs et d'autres pratiques commerciales déloyales) et une tutelle réglementaire (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53). Pour certaines activités cependant, on ne peut faire naître une concurrence réelle par la simple suppression des obstacles législatifs. Encore faut-il légiférer pour restructurer le secteur concerné. Certains pays maintiennent les monopoles temporairement, juste assez longtemps pour permettre le passage progressif, ordonné et socialement accepté d'une situation monopolistique à un marché concurrentiel.

a) Fragmentation des secteurs d'infrastructure

32. Dans certains pays, il est apparu qu'une entreprise verticalement ou horizontalement intégrée exploitant une infrastructure pouvait être en mesure d'empêcher toute concurrence effective. Cette entreprise peut chercher à étendre sa puissance monopoliste d'un marché ou d'un sous-marché à un autre pour tirer de ces nouvelles activités une rente de monopole supplémentaire. Aussi, certains pays ont-ils jugé nécessaire de dissocier l'élément monopolistique (que constitue, par exemple, un réseau électrique) des éléments concurrentiels dans un secteur donné. Dans l'ensemble, les services d'infrastructure sont de nature plutôt concurrentielle, tandis que l'infrastructure physique correspondante est souvent de type monopolistique.

33. La dissociation des activités concurrentielles et monopolistiques peut, par voie de conséquence, nécessiter la fragmentation des activités intégrées verticalement ou horizontalement. La fragmentation verticale se produit lorsque les activités d'amont sont dissociées des activités d'aval: c'est le cas dans le secteur de l'électricité par exemple, avec la séparation des fonctions de production, de transport, de distribution et de fourniture. Le but de

l'opération est normalement de mettre les ouvrages essentiels ou les installations fondamentales du réseau à part des activités commerciales soumises à la concurrence. La fragmentation horizontale se produit lorsqu'une ou plusieurs des activités parallèles d'un monopole de service public sont partagées entre plusieurs entreprises qui peuvent soit se concurrencer directement sur le marché (ce qui est de plus en plus fréquent pour la production d'électricité), soit conserver un monopole, mais sur un territoire plus petit (ce qui peut arriver pour la distribution d'électricité). Ce type de fragmentation touche à la fois l'activité unique ou le sous-secteur qui se trouvent démantelés (comme dans les exemples précédents) et les entreprises de substitution qui s'organisent séparément sur un ou plusieurs marchés (séparation des services de téléphonie cellulaire et câblée, par exemple).

34. Cela dit, il convient de bien analyser les coûts et les avantages de ces modifications. Pour ce qui est des coûts, il faut songer à ceux qu'engendre le changement lui-même (coûts de transaction et de transition, y compris les pertes que la nouvelle structure fait subir aux entreprises qui voient disparaître leurs avantages ou leur position protégée) et à ceux qu'entraîne l'exploitation du nouveau système, en particulier les coûts élevés de la coordination dus aux faits que la planification du réseau est plus compliquée et qu'il faut imposer des normes techniques ou prévoir des réglementations. Pour ce qui est des avantages, on peut citer les apports d'investissement frais, la création de nouveaux services ou l'amélioration de ceux qui existent déjà, l'élargissement des choix et la réduction des coûts économiques.

b) Exemples récents pris dans les grands secteurs d'infrastructure

i) Télécommunications

35. La fragmentation n'est pas très courante dans le secteur des télécommunications. Dans certains pays, les services interurbains et internationaux ont été dissociés des services locaux, la concurrence étant introduite dans les premiers et les monopoles subsistant largement dans les seconds. Parfois, on voit cette tendance s'inverser et les compagnies locales recevoir l'autorisation de fournir des services interurbains et les compagnies interurbaines de fournir des services locaux, le tout dans un contexte de concurrence. La règle de la liberté d'accès au réseau est couramment imposée dans le secteur des télécommunications des pays où le prestataire traditionnel du service public fonctionne en concurrence avec d'autres fournisseurs tout en conservant le contrôle de segments essentiels du réseau.

ii) Électricité

36. Dans ce domaine, les lois récemment promulguées dans divers pays prévoient la fragmentation du secteur par dissociation des activités de production, de transport et de distribution. Parfois, elles séparent en outre le service aux clients de la distribution, pour ne laisser en situation de monopole que l'activité monopolistique proprement dite, c'est-à-dire le transport par lignes électriques à l'intention du public. Dans ce cas de figure, les compagnies qui transportent et distribuent l'électricité ne l'achètent ni ne la

vendent, elles ne font que la transmettre moyennant une redevance fixée par règlement. Le commerce de l'électricité se fait entre producteurs ou revendeurs d'une part et usagers de l'autre. Dans certains pays qui ont fait ce choix, la concurrence est limitée aux grands utilisateurs ou est introduite progressivement.

37. Dans les pays qui ont opté pour l'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie et du gaz, de nouveaux textes législatifs fixent la nouvelle organisation du marché en précisant dans quelle mesure il doit être fragmenté (en indiquant même parfois le nombre de prestataires de services publics qui doivent naître des restes du monopole démantelé), ou suppriment les obstacles à l'entrée dans le secteur. Ces législations mettent aussi en place des règles de concurrence particulières régissant soit les structures (par exemple, interdiction des participations croisées entre entreprises opérant dans divers segments du même marché: production, transport et distribution, ou encore vente et distribution), soit les comportements (par exemple, accès des tiers, interdiction des alliances ou autres modes de collusion). De nouvelles institutions ou mécanismes de réglementation ont été mis en place pour faire fonctionner ces nouveaux marchés de l'énergie: syndicats de producteurs, systèmes de répartition, organismes de réglementation, etc. Enfin, il a fallu amender d'autres aspects de la législation ou de la politique énergétique pour suivre cette évolution, notamment les règles concernant les marchés du pétrole, du gaz, du charbon et des autres sources d'énergie.

iii) Eau et assainissement

38. La réforme la plus couramment introduite dans les marchés de l'eau et de l'assainissement consiste en une fragmentation horizontale. Certains pays ont créé plusieurs compagnies de distribution à la place du fournisseur unique qui existait auparavant. Cette solution est particulièrement fréquente – mais on la trouve aussi ailleurs – dans les pays où existent des réseaux séparés aux interconnexions rares ou inexistantes. L'un de ses avantages est qu'elle facilite la comparaison des résultats des divers prestataires.

39. Ainsi, certains pays ont invité des investisseurs privés à assurer la fourniture en eau d'un service public ou à construire et exploiter des stations d'épuration ou de dessalement. Dans cette formule de fragmentation verticale, les services privés (et les investissements par paliers qu'ils exigent) sont en général assurés dans le cadre d'un contrat conclu avec un service public et ne modifient pas fondamentalement la nature monopolistique du marché: les stations ne se font normalement pas concurrence entre elles et, en règle générale, elles ne sont pas autorisées à contourner le service public pour desservir directement les usagers. Un certain nombre de pays ont ouvert à la concurrence le transport de l'eau et l'approvisionnement des distributeurs. Parfois, il existe des marchés de l'eau actifs; ailleurs, la concurrence se limite au domaine de l'eau à valeur ajoutée – embouteillée ou transportée en camion-citerne – et à celui des puits privés.

iv) Transports

40. Les mesures de restructuration prises dans divers pays dissocient infrastructures et services dans le secteur des transports. Si les premières

présentent souvent les caractéristiques d'un monopole naturel, les seconds sont généralement concurrentiels. Cette concurrence s'analyse non seulement dans les limites de tel ou tel moyen de transport mais aussi du point de vue de plusieurs moyens à la fois puisque le train, le camion, l'autocar, l'avion et le bateau sont en concurrence pour transporter voyageurs et marchandises.

41. Dans le domaine des chemins de fer, certains pays ont choisi de séparer la propriété et l'exploitation des infrastructures (voies, systèmes de signalisation, gares, etc.) des services de transport ferroviaire (voyageurs et marchandises). Dans ce système, la loi ne permet pas à celui qui exploite les voies de fournir aussi des services de transport, lesquels sont assurés par d'autres entreprises, souvent en concurrence entre elles. Dans d'autres pays, des sociétés intégrées exploitent les infrastructures et fournissent les services, mais les tiers ont accès au réseau en vertu d'une sorte de droit de circulation. Ainsi, un transporteur (société de chemins de fer ou service de transport concurrent) peut utiliser les voies sous certaines conditions et la société qui les gère ne peut lui refuser cet accès.

42. Il y a peu de temps encore, les ports étaient administrés comme des monopoles de secteur public dans beaucoup de pays. Au moment d'ouvrir le secteur aux entreprises privées, les législateurs ont eu à choisir entre diverses formules. Selon celle des ports "domaniaux", l'administration portuaire est responsable des infrastructures et de la coordination d'ensemble des activités portuaires, mais elle ne fournit pas de services aux navires ou aux chargeurs. Dans les ports principaux, c'est la même entité qui est chargée des infrastructures et des services. La concurrence entre prestataires de services (services de remorquage, de manutention, d'entreposage) peut être plus facile à instituer et à maintenir dans le système des ports "domaniaux".

43. Le régime des aéroports peut également appeler des changements, qu'il s'agisse d'autoriser les investissements privés ou d'introduire la concurrence entre aéroports ou à l'intérieur de ces derniers. Mais il faut alors examiner avec soin les relations entre l'exploitation de l'aéroport et le contrôle du trafic aérien. Pour ce qui est de la vie interne des aéroports, beaucoup de pays ont ouvert à la concurrence les services de manutention, de restauration et autres services aux avions ainsi que les services aux passagers (boutiques, restaurants, parcs de stationnement, etc.). Certains pays ont confié la construction et l'exploitation d'une nouvelle aérogare dans un aéroport existant à un nouvel exploitant, provoquant ainsi une concurrence entre aérogares. Dans d'autres pays encore, les nouveaux aéroports ont été construits selon la formule CET et ceux qui existaient déjà ont été transférés au secteur privé.

c) Mesures de transition

44. La transition d'une situation de monopole à une situation de marché doit être conduite avec soin. Des considérations politiques, sociales ou autres amènent dans certains cas à procéder aux réformes de façon graduelle ou par paliers. Comme la technologie et d'autres forces extérieures sont en évolution constante, certains pays ont adopté en cette matière une démarche qu'ils peuvent accélérer ou modifier selon les circonstances.

45. Certains pays ont jugé qu'il ne fallait pas laisser d'un seul coup le champ libre à la concurrence. Ils ont donc prévu dans leur législation des droits d'exclusivité temporaire, limité le nombre de prestataires de services publics ou imposé d'autres restrictions à la concurrence. Ces mesures ont pour objet de donner à l'entreprise en place assez de temps pour se préparer à la concurrence et adapter ses prix tout en incitant le prestataire de services publics à investir et à élargir la gamme de ses prestations. D'autres pays ont prévu le réexamen périodique (au moment de la révision des prix, par exemple) de ces restrictions en vue de s'assurer que les conditions qui avaient présidé à leur mise en place n'ont pas cessé d'exister.

46. Parmi les mesures de transition, on peut citer également la restructuration ou la privatisation du prestataire en place, au moins dans certains pays ayant des entreprises étatiques de service public. Dans la plupart des pays où ces entreprises ont été privatisées, la libéralisation a accompagné ou précédé de manière générale la privatisation. Certains pays ont procédé autrement et ont privatisé des entreprises en leur donnant des droits exclusifs importants, souvent en vue d'augmenter le revenu de la privatisation. Ils se sont cependant aperçus qu'il était difficile, et parfois fort coûteux, d'abolir, de restreindre ou de limiter par la suite ces droits exclusifs ou les monopoles protégeant les entreprises privées ou privatisées en place.

3. Formes de participation du secteur privé aux projets d'infrastructure

47. La participation du secteur privé aux projets d'infrastructure peut prendre diverses formes, les infrastructures pouvant être détenues et exploitées entièrement par une entité publique ou totalement privatisées, avec de nombreuses variantes possibles entre ces deux extrêmes. Pour déterminer l'adéquation d'une variante particulière à un type donné d'infrastructure, les autorités publiques doivent tenir compte des besoins du pays et évaluer les moyens les plus efficaces de mettre en place et d'exploiter tel ou tel type d'infrastructure. Il peut exister, dans un secteur donné, plus d'une option.

a) Propriété et exploitation publiques

48. Lorsque l'on souhaite que la propriété et le contrôle soient publics, on peut obtenir un financement direct par le secteur privé ainsi que l'exploitation de l'infrastructure selon des principes commerciaux en créant une personne morale distincte contrôlée par l'État, et qui sera propriétaire du projet et en assurera l'exploitation. Une telle entité peut être gérée comme une entreprise commerciale privée indépendante assujettie aux mêmes règles et aux mêmes principes commerciaux que les entreprises privées. Certains pays font exploiter depuis longtemps déjà leurs infrastructures par des sociétés de ce type. Il est possible, en ouvrant le capital de ces dernières aux investisseurs privés, ou en profitant du fait qu'elles peuvent émettre des obligations ou d'autres titres, d'attirer des investisseurs privés.

49. Une autre façon de s'assurer la participation du secteur privé dans les infrastructures détenues et exploitées par une entité publique peut être de négocier des "contrats de service", au titre desquels l'exploitant public sous-

traite certaines activités d'exploitation et de maintenance au secteur privé. L'entité publique peut également confier un grand nombre de ces activités à une entité privée qui agit pour le compte de l'autorité contractante. Dans le cadre d'un tel arrangement, parfois appelé "contrat de gestion", la rémunération de l'exploitant privé peut être liée à ses résultats, souvent par le biais d'un mécanisme de partage des bénéfices, encore qu'une redevance fixe puisse être appliquée, en particulier lorsque les parties jugent difficile d'établir des mécanismes mutuellement acceptables pour évaluer les résultats de l'exploitant.

b) Propriété publique et exploitation privée

50. La totalité de l'exploitation d'une infrastructure publique peut également être transférée à des entités privées. Une possibilité est d'accorder à l'entité privée, en général pour une certaine période, le droit d'utiliser une infrastructure donnée, de fournir les services et de percevoir les recettes générées par cette activité. Cette infrastructure peut déjà exister ou avoir été construite spécialement par l'entité privée concernée. Cette combinaison de propriété publique et d'exploitation privée présente les caractéristiques essentielles des arrangements qui, dans certains systèmes juridiques, peuvent être appelés "concessions de travaux publics" ou "concessions de service public".

51. Il existe aussi une autre forme de participation des entreprises privées dans les infrastructures, dans laquelle l'autorité contractante choisit une entité privée pour exploiter un ouvrage qui a été construit par une entité publique ou pour son compte, ou dont la construction a été financée par des fonds publics. En vertu d'un tel arrangement, l'exploitant s'engage à exploiter et entretenir l'infrastructure contre le droit de faire payer les services qu'il fournit. Dans un tel cas, il s'engage à verser à l'autorité contractante une partie des recettes générées par l'infrastructure et que l'autorité contractante utilise pour amortir les coûts de construction. De tels arrangements portent, dans certains systèmes juridiques, le nom d'"affermage".

c) Propriété et exploitation privées

52. Selon la troisième option, l'entité privée ne se contente pas d'exploiter l'ouvrage, mais est également propriétaire des biens qui lui sont associés. Là encore, il peut y avoir des différences substantielles dans la manière dont ces projets sont traités en droit interne, notamment selon que l'autorité contractante conserve le droit de redevenir propriétaire de l'ouvrage ou d'assumer la responsabilité de son exploitation (voir aussi chap.IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 23 à 29).

53. Lorsque l'ouvrage est exploité dans le cadre d'une licence accordée par une autorité publique, la propriété privée des biens corporels (par exemple, un réseau de télécommunications) est souvent séparable de la licence de fourniture des services au public (par exemple, des services téléphoniques interurbains), dans la mesure où l'autorité publique compétente peut, dans

certaines circonstances, retirer cette licence. Ainsi, la propriété privée de l'ouvrage n'implique pas nécessairement un droit permanent de fournir le service.

4. Structures de financement et sources de financement des projets d'infrastructure

a) Notion de financement de projet

54. Les grands projets comprenant la construction d'une infrastructure nouvelle sont souvent exécutés par des personnes morales spécialement créées à cette fin par les promoteurs du projet. Cette nouvelle entité, souvent désignée par le terme "société de projet", devient l'instrument qui permet de mobiliser des capitaux pour le projet. La société de projet n'ayant ni réputation de solvabilité établie, ni bilan antérieur sur lesquels les prêteurs puissent se fonder, on recourt de préférence, pour les nouvelles infrastructures, à un mode de financement dit "financement de projet". Dans ce cas de figure, les prêteurs accordent des crédits dans la mesure où ils estiment que le cash flow et les recettes du projet seront suffisants pour les rembourser. Il n'y a pas d'autres garanties, ou bien, si elles existent, elles ne couvrent que certains risques limités. C'est pourquoi les biens et les recettes, ainsi que les droits et les obligations relatifs au projet, sont estimés indépendamment et sont strictement séparés des avoirs des actionnaires de la société de projet.

55. Le financement de projet est aussi dit "financement sans recours" en raison de l'absence de recours contre les actionnaires de la société de projet. Dans la pratique, toutefois, les prêteurs sont rarement disposés à engager les importantes sommes nécessaires aux projets d'infrastructure uniquement sur la base des biens ou du cash flow escompté d'un projet. Ils peuvent réduire les risques encourus en prévoyant dans les documents de projet un certain nombre d'arrangements de soutien ou de sûretés annexes et d'autres moyens de protection des crédits fournis par les actionnaires de la société de projet, les pouvoirs publics, les acheteurs ou d'autres tiers intéressés. Ce mode de financement est généralement appelé "à recours limité".

b) Sources de financement des projets d'infrastructure

56. Des modes de financement autres que le financement public traditionnel jouent un rôle croissant dans le développement des infrastructures. Ces dernières années, de nouveaux investissements ont, dans divers pays, été financés exclusivement ou essentiellement par des fonds privés. Les deux principaux types de financement sont le financement en fonds propres et l'emprunt, ce dernier prenant en général la forme de crédits obtenus sur les marchés commerciaux. Mais il en existe d'autres. Les investissements publics et privés sont souvent associés dans des arrangements parfois désignés sous l'appellation "partenariat public-privé".

i) Fonds propres

57. La première forme de financement des projets d'infrastructure est le financement par fonds propres. Ces fonds sont apportés en premier lieu par les promoteurs du projet ou d'autres investisseurs qui souhaitent acheter des parts de la société concessionnaire. Toutefois, ils ne représentent normalement qu'une partie des capitaux nécessaires pour un projet d'infrastructure. Pour obtenir des prêts commerciaux ou avoir accès à d'autres sources de fonds afin de faire face aux besoins, les promoteurs du projet et les autres investisseurs doivent accorder la priorité aux prêteurs et aux autres bailleurs de fonds, en acceptant par conséquent d'être servis en dernier. En conséquence, les promoteurs du projet supportent généralement le risque financier le plus élevé. Mais, en contrepartie, ils recevront la plus grosse part des bénéfices, une fois l'investissement initial récupéré. Un important apport de fonds propres par les promoteurs du projet est généralement bien accueilli par les prêteurs et par l'État, dans la mesure où cela contribue à réduire la charge du service de la dette sur le cash flow du concessionnaire et garantit l'intérêt de ces promoteurs pour le projet.

ii) Crédits commerciaux

58. L'emprunt constitue souvent la principale source de financement des projets d'infrastructure. Les capitaux sont obtenus sur le marché financier, principalement sous la forme de prêts accordés à la société de projet par des banques commerciales nationales ou étrangères, qui utilisent habituellement des fonds provenant de dépôts à court ou à moyen terme rémunérés à des taux flottants. Ces prêts sont donc souvent assortis de taux d'intérêt flottants et ont en général une échéance plus courte que la durée du projet. Toutefois, lorsque cela est possible et économique, compte tenu des conditions du marché financier, les banques peuvent préférer réunir et prêter des fonds à moyen ou long terme à des taux fixes, ce qui leur évite de s'exposer elles-mêmes et d'exposer le concessionnaire sur une longue période aux fluctuations des taux d'intérêt, et rend moins nécessaires des opérations de couverture à terme. Lorsqu'ils accordent des prêts commerciaux, les prêteurs exigent en général que leur remboursement ait priorité sur celui de toute autre dette de l'emprunteur. C'est pourquoi ces prêts sont appelés "non subordonnés" ou "privilegiés".

iii) Prêts "subordonnés"

59. Le troisième type de fonds auquel il est généralement fait appel pour ces projets sont les prêts "subordonnés" parfois appelés aussi capitaux "mezzanine". Ces prêts ont un rang d'exigibilité supérieur aux fonds propres, mais inférieur aux prêts privilégiés. Cette subordination peut être générale (ils viennent après toute dette privilégiée) ou spécifique, auquel cas les accords de crédit précisent le type de dette auquel ils sont subordonnés. Ils ont souvent un taux fixe, généralement plus élevé que celui des prêts privilégiés. Pour attirer de tels fonds, ou parfois pour éviter des taux d'intérêt plus élevés, la possibilité peut être offerte à leurs bailleurs de participer directement aux plus-values, grâce à l'émission d'actions ou d'obligations

privilégiées ou convertibles, quelquefois assorties de l'option de souscrire à des parts du concessionnaire à des taux préférentiels.

iv) Investisseurs institutionnels

60. Il est possible d'obtenir des prêts subordonnés, en plus de ceux qui sont accordés par les promoteurs du projet ou par des institutions financières publiques, de sociétés de financement, de fonds d'investissement, de compagnies d'assurance, de sociétés d'investissement collectif (par exemple, des fonds communs de placement), de caisses de retraite et d'autres "investisseurs institutionnels". Ces institutions disposent normalement de sommes élevées disponibles pour l'investissement à long terme et peuvent représenter une source importante de capitaux supplémentaires pour les projets d'infrastructure. Si elles acceptent le risque que représente la fourniture de capitaux à de tels projets, c'est essentiellement en raison des perspectives de rémunération et d'une volonté de diversifier leurs investissements.

v) Marché financier

61. À mesure que s'étend l'expérience en matière de projets d'infrastructure à financement privé, on a de plus en plus recours au marché financier. Des fonds peuvent être mobilisés par l'émission d'actions privilégiées, d'obligations et d'autres instruments négociables sur des places boursières reconnues. En général, l'offre au public d'instruments négociables exige l'approbation d'un organisme de réglementation et le respect des dispositions en vigueur dans la juridiction concernée, telles que celles qui ont trait aux informations à fournir dans le prospectus d'émission et, dans certaines juridictions, l'enregistrement préalable. Les obligations et autres instruments négociables peuvent n'être garantis que par la réputation générale de l'émetteur, ou bien être garantis par une hypothèque ou un autre nantissement sur un bien particulier.

62. Les sociétés de services publics ayant des antécédents commerciaux connus peuvent généralement accéder plus facilement aux marchés financiers que les sociétés créées spécialement pour construire et exploiter une nouvelle infrastructure et ne possédant pas la cote de crédit requise. De fait, un certain nombre de bourses exigent que la société émettrice ait déjà fait ses preuves pendant une période minimale afin d'être autorisée à émettre des instruments négociables.

vi) Financement par des institutions financières islamiques

63. Il existe un groupe supplémentaire de bailleurs de fonds potentiels, à savoir les établissements financiers islamiques. Ils fonctionnent souvent selon des règles et des pratiques dérivées de la tradition juridique islamique. L'une des principales caractéristiques des activités bancaires, en vertu de ces règles, est l'absence de paiement d'intérêts en application de limites strictes au droit de faire payer des intérêts et, par conséquent, l'établissement d'autres formes de contrepartie pour les fonds empruntés, telles que la participation au bénéfice ou la participation directe des établissements financiers aux résultats des opérations de leurs clients. De ce fait, ces

établissements peuvent être davantage disposés que d'autres banques commerciales à envisager une participation directe ou indirecte au capital.

vii) Financement par des institutions financières internationales

64. Les institutions financières internationales peuvent également jouer un rôle important comme fournisseur de prêts, de garanties ou la prise de participation dans des projets d'infrastructure à financement privé. Un certain nombre de projets ont ainsi été financés par la Banque mondiale, la Société financière internationale ou des banques régionales de développement.

65. Les institutions financières internationales peuvent également contribuer à la formation de "syndicats financiers" pour l'octroi de prêts à un projet. Certaines d'entre elles ont des programmes spéciaux au titre desquels elles deviennent le seul "prêteur officiel" d'un projet, agissant pour leur compte et pour le compte des banques participantes et se chargeant de la gestion des versements effectués par les participants ainsi que du recouvrement et de la distribution ultérieurs des sommes reçues de l'emprunteur à titre de remboursement, soit en vertu d'accords particuliers, soit sur la base d'autres droits que leur confère leur statut de créancier privilégié. Certaines institutions financières internationales peuvent également prendre une participation au capital, ou fournir des capitaux mezzanine en investissant dans des fonds spécialisés dans les sûretés émises par les exploitants d'infrastructure. Enfin, ces institutions peuvent fournir des garanties contre un certain nombre de risques politiques, ce qui peut aider la société de projet à mobiliser plus facilement des fonds sur le marché financier international (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 61 à 71).

viii) Appui d'organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements

66. Les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements peuvent fournir un appui au projet sous forme de prêts, de garanties, ou d'une combinaison des deux. Leur participation peut présenter un certain nombre d'avantages tels que des taux d'intérêt inférieurs aux taux pratiqués par les banques commerciales et des prêts à plus long terme, parfois à taux fixe (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 72 à 74).

ix) Association de fonds publics et privés

67. En plus de prêts et garanties accordés par les banques commerciales et les institutions financières publiques nationales ou multilatérales, il arrive que des fonds publics viennent s'ajouter aux capitaux privés pour financer des projets nouveaux. Ces fonds peuvent provenir des recettes publiques ou d'emprunts souverains. Ils peuvent être combinés à des fonds privés, comme investissement initial ou paiements à long terme, ou prendre la forme de subventions ou de garanties publiques. Les projets d'infrastructure peuvent être coparrainés par les pouvoirs publics sous forme de prise de participation au capital de la société concessionnaire, ce qui réduit le montant des capitaux propres et des capitaux d'emprunt à se procurer auprès de sources privées

(voir chap. II, “Risques de projet et appui des pouvoirs publics”, par. 40 et 41).

5. Principales parties associées à la mise en œuvre de projets d'infrastructure

68. Les parties à un projet d'infrastructure à financement privé peuvent être très diverses selon le secteur, la modalité de participation des entreprises privées et les arrangements arrêtés pour le financement du projet. Les paragraphes qui suivent recensent les principales parties associées à la mise en œuvre d'un projet typique d'infrastructure à financement privé comportant la construction d'un nouvel ouvrage exécuté selon la formule du “financement de projet”.

a) L'autorité contractante et autres autorités publiques

69. L'exécution d'un projet d'infrastructure à financement privé fait souvent intervenir un certain nombre d'autorités publiques du pays hôte aux niveaux national, provincial ou local. L'autorité contractante est le principal organe responsable du projet au sein de l'État. En outre, l'exécution du projet peut nécessiter la participation active (par exemple, pour la délivrance de licences ou de permis) d'autorités publiques autres que l'autorité contractante, au même niveau ou à un niveau différent de l'État. Ces autorités jouent un rôle déterminant dans l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé.

70. L'autorité contractante ou une autre autorité publique identifie normalement le projet sur la base de ses propres politiques de développement des infrastructures dans le secteur concerné et détermine le type de participation du secteur privé susceptible d'assurer l'exploitation la plus efficace de l'ouvrage. Ensuite, l'autorité contractante engage le processus qui conduit à la sélection du concessionnaire. Par ailleurs, pendant toute la durée du projet, les pouvoirs publics peuvent être appelés à fournir diverses formes de soutien législatif, administratif, réglementaire et parfois financier afin d'assurer la bonne exécution des travaux de construction et une exploitation satisfaisante de l'ouvrage. Enfin, dans certains projets, l'État peut devenir le propriétaire ultime de l'ouvrage.

b) La société de projet et les promoteurs du projet

71. Les projets d'infrastructure à financement privé sont généralement exécutés par un groupement d'entreprises comprenant des sociétés de construction et d'ingénierie et des fournisseurs d'équipement lourd qui souhaitent devenir les principaux entrepreneurs ou fournisseurs du projet. Les sociétés qui participent à ce groupement sont désignées dans le *Guide* par le terme “promoteurs”. Elles participeront très activement à la phase initiale d'élaboration et leur aptitude à coopérer entre elles et à engager d'autres partenaires fiables sera essentielle pour que les travaux soient menés à bonne fin en temps voulu. En outre, la participation d'une société qui a l'expérience de l'exploitation du type d'ouvrage en construction est un facteur important de la viabilité à long terme du projet. Lorsqu'une personne morale indépendante est créée par les promoteurs du projet, d'autres investisseurs en

fonds propres non engagés d'une autre manière dans le projet (généralement des investisseurs institutionnels, des banques d'investissement, des organismes de crédit bilatéraux ou multilatéraux, parfois aussi l'État ou une entreprise publique) peuvent également participer. La participation d'investisseurs locaux, lorsque la société de projet doit être établie selon le droit du pays hôte (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 12 à 18), est parfois encouragée par l'État.

c) Les prêteurs

72. Les risques auxquels s'exposent les prêteurs dans un financement de projet, qu'il s'agisse d'un financement sans recours ou avec recours limité, sont considérablement plus élevés que dans les formules classiques. Cela est encore plus vrai lorsque la valeur de garantie des biens corporels (par exemple, une route, un pont ou un tunnel) est difficile à réaliser en raison de l'absence de "marché" où ces biens pourraient être facilement vendus ou lorsqu'ils constituent des obstacles au recouvrement des créances ou à la reprise de possession. Ces facteurs influent non seulement sur les conditions d'octroi des prêts (par exemple, le coût généralement plus élevé et les nombreuses conditions dont est assorti le financement), mais aussi, dans la pratique, sur la disponibilité des fonds.

73. Étant donné l'ampleur de l'investissement nécessaire pour un projet d'infrastructure à financement privé, les prêts sont souvent "syndiqués", une ou plusieurs banques assumant le rôle de chef de file pour négocier le dossier de financement au nom des autres institutions financières participantes, principalement des banques commerciales. Les banques commerciales qui se spécialisent dans les prêts à certaines industries ne sont généralement pas disposées à assumer des risques qu'elles connaissent mal (pour un examen des risques liés au projet et de leur répartition, voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29). Par exemple, des prêteurs à long terme peuvent ne pas être disposés à octroyer des crédits à court terme pour financer la construction d'une infrastructure. C'est pourquoi, dans les grands projets, différents prêteurs interviennent souvent à différents stades. Afin d'éviter des litiges pouvant naître de mesures contradictoires prises par différents prêteurs ou des litiges entre les prêteurs à propos du remboursement de leurs prêts, les bailleurs de fonds qui octroient des prêts à des projets importants le font parfois en vertu d'un accord de prêt commun. Lorsque divers mécanismes de crédit prévus dans des accords de prêt séparés, les prêteurs négocient habituellement ce que l'on appelle un "accord intercréanciers". Ce type d'accord comporte en général des dispositions portant sur des questions telles que les provisions pour versements, au prorata ou selon un ordre de priorité donné; les conditions de déclaration de défaillance et de réduction de l'échéance des crédits; et la coordination de la saisie des sûretés fournies par la société de projet.

d) *Les institutions financières internationales et les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements*

74. Les institutions financières internationales et les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements auront des préoccupations généralement analogues à celles des autres prêteurs. Mais ils veilleront en outre particulièrement à ce que l'exécution du projet et son exploitation n'aillent pas à l'encontre de certains de leurs objectifs de politique générale. Les institutions financières internationales accordent de plus en plus d'importance à l'impact des projets d'infrastructure sur l'environnement et à leur viabilité à long terme. Celles qui accordent des prêts à un projet étudieront aussi soigneusement les méthodes et procédures de sélection du concessionnaire. De nombreuses institutions financières mondiales et régionales ainsi que des organismes nationaux de financement du développement ont établi des principes directeurs ou d'autres conditions régissant la passation de marchés avec des fonds qu'ils fournissent, exigences que l'on constate particulièrement dans leurs accords de prêt types (voir aussi chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 18).

e) *Les assureurs*

75. Normalement, un projet d'infrastructure comporte une assurance dommages couvrant les équipements et le matériel, une assurance-responsabilité civile et une assurance contre les accidents du travail. Parmi les autres types d'assurances possibles, on peut citer les assurances contre les pertes d'exploitation, la rupture de cash flow et les dépassements de coût (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 119 et 120). Ces types d'assurances sont généralement disponibles sur le marché privé de l'assurance, encore qu'une assurance commerciale puisse être difficile à contracter pour certains événements extraordinaires échappant au contrôle des parties (par exemple, guerres, émeutes, vandalisme, tremblements de terre ou cyclones). Le marché privé de l'assurance joue un rôle de plus en plus grand pour la couverture de certains types de risques politiques, tels que la dénonciation du contrat, la non-exécution par une autorité publique de ses obligations contractuelles ou la mise en jeu abusive de garanties indépendantes. Dans certains pays, les assureurs proposent des contrats globaux destinés à éviter que certains risques ne soient pas couverts par suite de lacunes entre les différentes polices d'assurance. Outre les compagnies privées, des institutions financières internationales telles que la Banque mondiale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements, la Société financière internationale, les banques régionales de développement ou des organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements peuvent offrir une assurance contre les risques politiques (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 61 à 74).

f) *Les experts et conseillers indépendants*

76. Les experts et conseillers indépendants jouent un rôle important aux différentes étapes des projets d'infrastructure à financement privé. Les

entreprises expérimentées complètent généralement leurs compétences techniques en s'assurant les services d'experts et de conseillers extérieurs, tels que des experts financiers, des conseillers juridiques internationaux ou des ingénieurs-conseils. Des banques d'affaires et des banques d'investissement conseillent souvent les promoteurs des projets pour l'organisation du financement et l'élaboration du projet à exécuter, activité qui, si elle est indispensable pour le financement de projets, est nettement distincte du financement lui-même. Des experts indépendants peuvent donner des conseils aux prêteurs, par exemple sur l'évaluation des risques liés aux projets dans tel ou tel pays d'accueil. Ils peuvent également aider les autorités publiques à concevoir des stratégies pour un secteur particulier et à mettre en place un cadre juridique et réglementaire approprié. Ils peuvent en outre aider l'autorité contractante à effectuer des études de faisabilité et autres études préliminaires, à formuler des demandes de proposition ou des clauses et des spécifications contractuelles types, à évaluer et comparer les propositions ou à négocier l'accord de projet.

77. Outre les entités privées, un certain nombre d'organisations intergouvernementales (par exemple, l'ONUDI et les commissions régionales du Conseil économique et social) et des institutions financières internationales (comme la Banque mondiale et les banques de développement régionales) ont des programmes spéciaux en vertu desquels elles peuvent aussi fournir ce type d'assistance technique directement aux pouvoirs publics ou aider ces derniers à trouver des conseillers qualifiés.

I. Cadre législatif et institutionnel général

A. Remarques générales

1. La création d'un environnement propice aux investissements privés d'infrastructure suppose la mise en place préalable d'un cadre juridique approprié et efficace. Dans les pays qui ont déjà un tel cadre, il importe de veiller à ce que la loi soit suffisamment souple et adaptable pour ne pas prendre de retard par rapport à l'évolution de la pratique dans divers secteurs d'infrastructure. Le présent chapitre traite de certaines questions générales qu'il est recommandé aux législateurs des différents pays d'examiner lorsqu'ils mettent en place ou revoient le cadre juridique applicable aux projets d'infrastructure à financement privé afin d'atteindre les objectifs ci-dessus. La section B (par. 2 à 14) expose des considérations générales sur le cadre constitutionnel et législatif; la section C (par. 15 à 22) traite de l'étendue du pouvoir d'attribuer des concessions; la section D (par. 23 à 29) examine des mesures possibles pour améliorer la coordination administrative; et la section E (par. 30 à 53) porte sur les mécanismes institutionnels et les procédures qui s'appliquent en matière de réglementation des secteurs d'infrastructure.

B. Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel

2. Cette section énonce les principes directeurs généraux sur lesquels pourrait être basé le cadre juridique des projets d'infrastructure à financement privé. Elle indique en outre les incidences possibles du droit constitutionnel du pays hôte sur l'exécution de ces projets et examine brièvement les options possibles concernant le niveau et les types d'instrument qu'il peut être nécessaire de promulguer et leur champ d'application.

1. Principes directeurs généraux pour l'instauration d'un cadre constitutionnel et législatif favorable

3. Lorsqu'ils envisagent d'instaurer un cadre juridique favorable ou examinent l'adéquation du cadre existant, les législateurs nationaux peuvent souhaiter prendre en compte certains principes généraux sur lesquels se sont appuyés divers pays ayant pris récemment des mesures législatives, et qui sont brièvement passés en revue dans les paragraphes qui suivent.

a) Transparence

4. Un cadre juridique transparent se caractérise par des règles claires et facilement accessibles ainsi que par des procédures permettant de les appliquer efficacement. Des lois et des procédures administratives transparentes sont des gages de prévisibilité; elles permettent aux

investisseurs potentiels d'estimer les coûts et les risques de leur investissement et par conséquent de proposer leurs conditions les plus avantageuses. Elles peuvent en outre favoriser l'ouverture, grâce à des dispositions imposant la publication des décisions administratives, et, lorsqu'il y a lieu, leur motivation ainsi que la divulgation d'autres informations d'intérêt général. Elles contribuent aussi à éviter des mesures ou des décisions arbitraires ou abusives de l'autorité contractante ou de ses responsables et aident ainsi à promouvoir la confiance dans le programme de construction d'infrastructures d'un pays. Cette transparence est particulièrement importante lorsque l'on veut attirer des investissements étrangers, car les sociétés étrangères ne connaissent pas nécessairement les pratiques du pays en matière d'attribution de projets d'infrastructure.

b) Équité

5. Le cadre juridique est à la fois le moyen par lequel l'État réglemente et assure la fourniture de services publics à la population et celui par lequel les prestataires de services publics et leurs clients peuvent protéger leurs droits. Un cadre juridique équitable tient compte des divers intérêts (parfois contradictoires) de l'État, des prestataires de services publics et de leurs clients et cherche à établir entre eux un juste équilibre. Les considérations commerciales du secteur privé, le droit des usagers à des services satisfaisants sur le plan de la qualité comme sur celui du prix, la responsabilité qu'a l'État d'assurer la fourniture continue de services essentiels et son rôle dans la promotion du développement des infrastructures nationales ne sont que quelques-uns des intérêts qu'il convient de dûment reconnaître dans la loi.

c) Viabilité à long terme

6. Un objectif important de la législation nationale sur la construction d'infrastructures est d'assurer la fourniture à long terme de services publics, une attention croissante étant accordée à la viabilité écologique. Des dispositions inadéquates en matière d'exploitation et de maintenance des infrastructures publiques limitent considérablement l'efficacité dans tous les secteurs et se traduisent directement par une baisse de la qualité des services et une hausse des coûts pour les usagers. D'un point de vue législatif, il importe d'être sûr que le pays hôte a la capacité institutionnelle d'entreprendre les diverses tâches confiées aux autorités publiques associées à des projets d'infrastructure à tous les stades de leur mise en œuvre. Un autre moyen d'accroître la viabilité à long terme d'une politique nationale d'infrastructure consiste à trouver un bon équilibre entre la fourniture compétitive et monopolistique de services publics. La concurrence peut faire baisser les coûts globaux et offrir des possibilités plus nombreuses de substitution pour les services essentiels. Dans certains secteurs, la concurrence a également contribué à accroître la productivité des investissements d'infrastructure, à mieux répondre aux besoins des consommateurs et à obtenir une meilleure qualité des services publics, améliorant ce faisant le climat des affaires dans tous les secteurs de l'économie.

2. *Le droit constitutionnel et les projets d'infrastructure à financement privé*

7. Le droit constitutionnel d'un certain nombre de pays énonce de façon générale que l'État a le devoir d'assurer la fourniture de services publics. Dans certains cas, les secteurs d'infrastructure et de services relevant de la responsabilité de l'État sont énumérés, tandis que dans d'autres, l'identification de ces secteurs est déléguée au législateur. Selon certaines constitutions nationales, la fourniture de certains services publics est réservée exclusivement à l'État ou à des entités publiques créées spécialement à cette fin. Selon d'autres, l'État est autorisé à attribuer des concessions à des sociétés privées pour la construction et l'exploitation d'infrastructures et la fourniture de services publics. Dans certains pays, des limites sont imposées à la participation des étrangers dans certains secteurs, ou bien il est exigé que l'État participe au capital des sociétés fournissant des services publics.

8. Pour les pays qui souhaitent promouvoir les investissements privés dans les infrastructures, il est important d'examiner les règles constitutionnelles existantes de façon à recenser les restrictions éventuelles à l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé. Dans certains pays, des projets de ce type ont été retardés en raison d'incertitudes quant à la mesure dans laquelle l'État avait le pouvoir de les attribuer. Parfois, la crainte que ces projets aillent à l'encontre des règles constitutionnelles concernant les monopoles d'État ou la fourniture de services publics ont conduit à des litiges qui ont eu un effet négatif sur l'exécution des projets.

9. Il importe en outre de tenir compte des règles constitutionnelles qui ont trait à la propriété foncière ou à la propriété des ouvrages. Dans certains pays, le droit constitutionnel comporte des limitations concernant la propriété privée des terrains et de certains moyens de production. Dans d'autres, la propriété privée est reconnue, mais la constitution dispose que toutes les infrastructures ou certains types d'infrastructure sont propriété de l'État. Les interdictions et les restrictions de cette nature pourraient faire obstacle à l'exécution de projets prévoyant l'exploitation privée, ou l'exploitation et la propriété privées, de l'infrastructure en question (voir plus loin chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 23 à 29).

3. *Législation générale et sectorielle*

10. La législation joue souvent un rôle central dans la promotion de l'investissement privé dans les projets d'infrastructure publics. En général, la loi traduit un engagement politique, prévoit des droits spécifiques et peut représenter une garantie importante de stabilité du régime juridique et réglementaire. Dans la plupart des pays, l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé a en fait été précédée par des mesures législatives énonçant les règles générales en vertu desquelles ces projets sont attribués et exécutés.

11. Dans certains pays, il peut être nécessaire, du fait du droit constitutionnel ou de la pratique législative, d'adopter des lois spéciales pour

certains projets. Dans d'autres, où l'attribution de concessions au secteur privé pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, l'État est autorisé par la législation générale à confier au secteur privé toute activité exercée par le secteur public dont la valeur économique fait qu'elle peut l'être par des entités privées. Une telle législation crée un cadre permettant de traiter de façon uniforme des questions communes aux projets à financement privé dans différents secteurs d'infrastructure.

12. Toutefois, de par sa nature même, la législation générale n'est pas à même, normalement, de satisfaire à toutes les exigences particulières des différents secteurs. Même dans les pays qui ont adopté une législation générale traitant les questions intersectorielles, on a constaté qu'une législation sectorielle supplémentaire permettait au législateur de formuler des règles tenant compte, dans chaque secteur, de la structure du marché (voir ci-dessus "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 21 à 46). Il convient de noter que de nombreux pays ont adopté une telle législation à une époque où une fraction importante, voire la totalité, des infrastructures nationales constituaient des monopoles d'État. Les pays souhaitant promouvoir l'investissement privé dans les infrastructures devraient peut-être revoir la législation en vigueur applicable aux différents secteurs afin de déterminer si elle peut s'appliquer aux projets d'infrastructure à financement privé.

13. La législation propre à un secteur particulier peut également jouer un rôle important dans la mise en place d'un cadre pour la réglementation des différents secteurs d'infrastructure (voir ci-dessous, par. 30 à 53). Des principes directeurs sont particulièrement utiles dans les pays qui en sont aux premiers stades de la mise en place ou de l'élaboration de capacités réglementaires nationales. Une telle législation a également pour avantage de donner l'assurance que les responsables de la réglementation n'ont pas de pouvoir illimité dans l'exercice de leur fonction, mais sont liés par les paramètres prescrits par la loi. D'une manière générale, toutefois, il est souhaitable d'éviter des dispositions législatives rigides ou trop détaillées concernant les aspects contractuels de l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé, car dans la plupart des cas elles ne seraient pas adaptées à leur longue durée (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet" et chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet").

14. De nombreux pays ont utilisé la législation pour établir les principes généraux de l'organisation des secteurs d'infrastructure et le cadre administratif, institutionnel et réglementaire de base. Toutefois, il se peut que la loi ne soit pas le meilleur instrument pour définir des obligations techniques et financières détaillées. De nombreux pays ont préféré promulguer des règlements énonçant des règles plus détaillées pour appliquer les dispositions générales du droit interne relatives aux projets d'infrastructure à financement privé. On considère qu'il est plus facile d'adapter ces règlements à un changement de l'environnement, que ce changement résulte de l'adoption de règles fondées sur le marché ou d'évolutions externes, comme des technologies nouvelles ou une modification des conditions économiques ou de la situation du marché. Quel

que soit l'instrument employé, il faut que la clarté et la prévisibilité en soient des éléments essentiels.

C. Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions

15. L'exécution de projets d'infrastructure à financement privé peut exiger la promulgation d'une législation ou de règlements spéciaux permettant aux autorités publiques de confier la fourniture de services publics à des entités privées. La promulgation d'une autorisation législative expresse peut contribuer dans une mesure importante à renforcer la confiance d'investisseurs potentiels, nationaux ou étrangers, dans une politique nationale cherchant à promouvoir les investissements du secteur privé dans les infrastructures. Les éléments essentiels du pouvoir d'attribuer des concessions pour des projets d'infrastructure sont examinés dans les paragraphes qui suivent.

1. Organismes autorisés et domaines d'activité pertinents

16. Dans certains systèmes juridiques, les autorités publiques ne peuvent déléguer la fourniture de services publics sans autorisation législative préalable. Pour les pays qui souhaitent attirer des investissements privés dans les infrastructures, il est important que la loi énonce clairement qu'il est permis de confier le droit de fournir certains services publics à des entités autres que les autorités publiques. Une telle disposition générale peut être particulièrement importante dans les pays où les services publics sont des monopoles d'État, ou bien lorsqu'il est prévu de faire appel à des entités privées pour fournir certains services dont le public bénéficiait jusqu'alors gratuitement (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 37 et 38).

17. Lorsqu'une législation générale est adoptée, il est également souhaitable d'identifier clairement les autorités publiques ou les niveaux de l'État qui sont compétents pour attribuer des projets d'infrastructure et agir comme autorités contractantes. Afin d'éviter des retards inutiles, il est particulièrement indiqué d'avoir des règles permettant de savoir quelles personnes ou quels services ont le pouvoir de prendre des engagements au nom de l'autorité contractante (et, le cas échéant, d'autres autorités publiques) aux différents stades de la négociation et de signer l'accord de projet. Il est utile d'examiner l'étendue des pouvoirs dont peuvent avoir besoin des autorités autres que l'administration centrale pour exécuter des projets relevant de leur compétence. Pour les projets où interviennent des services ou des organismes à différents niveaux de l'État (par exemple, niveau national, provincial ou local), il peut être nécessaire, lorsque tous ces services et organismes ne peuvent être identifiés à l'avance, de prendre d'autres mesures pour assurer entre eux une coordination efficace (voir ci-dessous, par. 23 à 29).

18. Pour plus de clarté, il convient de recenser dans cette législation générale les secteurs dans lesquels des concessions peuvent être attribuées. À l'inverse, lorsque cela est jugé impossible ou non souhaitable, la loi peut

indiquer des activités ne pouvant faire l'objet d'une concession (par exemple, des activités liées à la défense ou à la sécurité nationale).

2. Objectif et nature des concessions

19. Il peut être utile que la loi définisse la nature et l'objectif des projets d'infrastructure à financement privé pour lesquels des concessions peuvent être attribuées dans le pays hôte. On pourrait notamment définir les diverses catégories de projets en fonction de l'étendue des droits et des obligations assumés par le concessionnaire (par exemple, "construction-exploitation-transfert", "construction-propriété-exploitation", "construction-transfert-exploitation" et "construction-transfert"). Toutefois, étant donné la grande diversité des formules qui peuvent être retenues pour un investissement privé dans les infrastructures, il risque d'être difficile de donner une définition exhaustive de toutes les possibilités existantes. D'une manière générale, la loi pourrait plutôt prévoir que des concessions peuvent être attribuées en vue de charger une entité, privée ou publique, de réaliser des travaux d'infrastructure et d'assurer certains services publics, en échange du droit de faire payer une redevance pour l'utilisation de l'ouvrage ou des locaux ou pour les services ou les biens fournis, ou en contrepartie de tout autre paiement ou rémunération convenu entre les parties. La loi pourrait en outre préciser que des concessions peuvent être attribuées pour la construction et l'exploitation d'une nouvelle infrastructure ou d'un nouveau réseau d'infrastructures ou pour la maintenance, la réparation, la remise en état, la modernisation, l'extension et l'exploitation des infrastructures ou des réseaux d'infrastructures existants ou uniquement pour la gestion et la prestation d'un service public.

20. Une autre considération importante a trait à la nature des droits dévolus au concessionnaire. Il s'agit notamment de savoir si le droit de fournir le service est un droit exclusif ou si le concessionnaire devra faire face à la concurrence d'autres ouvrages ou prestataires de services. Ce droit d'exclusivité peut prendre la forme d'une exclusivité territoriale (c'est le cas par exemple d'une compagnie de distribution d'eau) ou nationale (c'est le cas d'une compagnie de chemin de fer). Il peut couvrir le droit de fournir un certain type de biens ou de services à un tiers particulier (c'est le cas du producteur d'électricité qui est le fournisseur exclusif du distributeur dans sa région) ou à un groupe restreint de clients (c'est le cas de l'entreprise nationale de téléphone interurbain qui offre des raccordements aux compagnies locales de téléphone).

21. La décision d'accorder ou non des droits d'exclusivité à un projet particulier ou à une catégorie de projets devrait être prise à la lumière de la politique appliquée par le pays hôte au secteur intéressé. Comme on l'a vu plus haut, l'ampleur de la concurrence varie sensiblement selon les secteurs d'infrastructure. Alors que certains secteurs, ou segments de secteurs, ont les caractéristiques de monopoles naturels, auquel cas une concurrence ouverte n'est pas en général une solution de substitution économiquement viable, d'autres ont été ouverts à la concurrence avec succès (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 28 et 29).

22. Il est donc souhaitable de traiter la question de l'exclusivité avec souplesse. Au lieu d'exclure ou de prescrire des concessions exclusives, il peut être préférable que la loi autorise l'attribution de concessions exclusives lorsque l'on estime que cela sert l'intérêt général, par exemple dans le cas où l'exclusivité est justifiée pour garantir la viabilité technique ou économique du projet. L'autorité contractante peut être tenue d'indiquer pourquoi elle envisage une concession exclusive avant d'entamer la procédure de sélection des concessionnaires. Cette législation générale peut être complétée par des lois sectorielles réglementant la question de l'exclusivité en fonction des particularités de chaque secteur.

D. Coordination administrative

23. Selon la structure administrative du pays hôte, les projets d'infrastructure à financement privé peuvent exiger la participation de plusieurs autorités publiques à divers niveaux de l'État. Par exemple, l'établissement des règlements régissant l'activité concernée peut relever en totalité ou en partie de la compétence d'une autorité publique située à un autre niveau que celle qui est chargée de fournir le service correspondant. Il se peut également que les fonctions tant réglementaires qu'opérationnelles soient regroupées dans une seule entité, mais que le pouvoir d'octroyer des contrats publics soit centralisé dans une autorité publique différente. Pour les projets où interviennent des investisseurs étrangers, il peut également arriver que certaines questions ressortent de la compétence d'un organisme chargé d'approuver les propositions d'investissements étrangers.

24. L'expérience internationale récente a montré l'intérêt qu'il y avait à confier à un organe central de l'administration du pays hôte la responsabilité à la fois de formuler la politique à suivre et de fournir des orientations pratiques concernant les projets d'infrastructure à financement privé. Cet organe peut aussi être chargé de coordonner les apports des différentes autorités publiques qui sont en relation avec la société de projet. Un tel arrangement peut toutefois être impossible dans certains pays, en raison de leur organisation administrative particulière. En pareil cas, d'autres mesures peuvent être envisagées pour assurer un niveau de coordination satisfaisant entre les diverses autorités publiques concernées, comme le montrent les paragraphes qui suivent.

1. Coordination des mesures préparatoires

25. Une mesure importante pour assurer la bonne exécution des projets d'infrastructure à financement privé est d'exiger que l'autorité publique compétente fasse une évaluation préliminaire de la faisabilité du projet, y compris d'aspects économiques et financiers tels que les avantages économiques attendus, le coût estimé et les recettes potentielles de l'exploitation de l'infrastructure, ainsi que de l'impact du projet sur l'environnement. Les études réalisées par l'autorité contractante devraient en particulier identifier clairement le produit attendu du projet, donner une justification suffisante de l'investissement, proposer une modalité de

participation du secteur privé, et indiquer une solution particulière permettant de satisfaire aux exigences concernant le produit.

26. Une fois le futur projet identifié, c'est à l'État qu'il incombe d'en fixer le rang de priorité et d'affecter des ressources humaines et autres à son exécution. Il est alors souhaitable que l'autorité contractante fasse le point sur les exigences législatives ou réglementaires existantes en matière d'exploitation d'infrastructures du type proposé afin de recenser les principales autorités publiques dont la contribution sera nécessaire à l'exécution du projet. Il importe également, à ce stade, d'envisager les mesures qui pourraient être requises pour que l'autorité contractante et les autres autorités publiques concernées s'acquittent des obligations auxquelles elles peuvent raisonnablement s'attendre dans le cadre du projet. Par exemple, l'État peut être amené à prendre des dispositions budgétaires prévisionnelles pour permettre à l'autorité contractante ou aux autres autorités publiques de faire face à des engagements financiers qui s'étendent sur plusieurs cycles budgétaires, tels que les engagements à long terme pour l'achat du produit du projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 50 et 51). En outre, une série de mesures administratives peut être nécessaire pour mettre en œuvre certaines formes d'aide au projet, telles que les exonérations fiscales et la facilitation des formalités douanières (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 51 à 54), ce qui peut prendre beaucoup de temps.

2. *Mesures visant à faciliter la délivrance de licences et de permis*

27. La législation peut jouer un rôle utile en facilitant la délivrance des licences et des permis qui peuvent être nécessaires dans le cours d'un projet (par exemple, autorisations dans le cadre de la réglementation des changes; licences pour l'enregistrement du concessionnaire; autorisations d'employer des étrangers; droits d'enregistrement et de timbre pour l'utilisation ou la propriété de terrains; licences d'importation de matériel et de fournitures; permis de construire; permis d'installation de câbles ou de conduites; licences pour la mise en service de l'installation; et attribution de fréquences pour les communications mobiles). Les licences ou les permis nécessaires peuvent relever de la compétence de divers organes à différents niveaux de l'administration et les délais nécessaires pour les obtenir peuvent être longs, en particulier lorsque les organes en question n'ont pas été associés au départ à la conception ou à la négociation du projet. Un retard dans la mise en service d'un projet d'infrastructure du fait de l'absence de licences ou de permis pour des raisons non imputables au concessionnaire risque de majorer le coût du projet et le prix payé par les usagers.

28. Ainsi, il convient de déterminer très tôt quels sont les licences et les permis nécessaires pour un projet particulier afin d'éviter des retards dans la phase d'exécution. Une mesure susceptible d'améliorer la coordination dans la délivrance des licences et permis pourrait être de confier à un seul organe le pouvoir de recevoir les demandes de licences et de permis, de les transmettre aux organismes compétents et de contrôler la délivrance de la totalité des licences et permis énumérés dans la sollicitation de propositions

ainsi que de toute autre licence qui pourrait être introduite par des règlements ultérieurs. La loi peut également autoriser les organismes compétents à délivrer des licences et permis provisoires et prévoir un délai au-delà duquel ils sont réputés être accordés à moins d'avoir été refusés par écrit.

29. Toutefois, il convient de noter que la répartition du pouvoir administratif entre les divers niveaux de l'État (par exemple, local, régional et central) reflète souvent les principes fondamentaux de l'organisation politique d'un pays. C'est pourquoi, dans certains cas, l'administration centrale n'est pas en mesure d'assumer la responsabilité de la délivrance de la totalité des licences et permis ou de confier cette fonction de coordination à un organisme unique. Dans de tels cas, il serait important de prendre des mesures pour éviter les retards qui pourraient résulter d'une telle répartition du pouvoir administratif comme, par exemple, des accords entre l'autorité contractante et les autres autorités publiques concernées afin de faciliter les procédures dans le cas d'un projet particulier, ou d'autres mesures visant à assurer un degré de coordination satisfaisant entre les diverses autorités publiques concernées et à rendre le processus d'obtention des licences plus transparent et plus efficace. En outre, l'État pourrait peut-être envisager de donner l'assurance qu'il fera tout son possible pour aider le concessionnaire à obtenir les licences requises par le droit national, par exemple en fournissant des renseignements et une assistance aux soumissionnaires en ce qui concerne les licences requises ainsi que les procédures et conditions pertinentes. Sur le plan pratique, outre le besoin d'assurer la coordination entre les divers niveaux de l'État et les différentes autorités publiques, il est nécessaire de veiller à la cohérence de l'application des critères de délivrance des licences et à la transparence des procédures administratives.

E. Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure

30. La prestation de divers services publics est généralement soumise à un régime réglementaire spécial qui peut comprendre des règles de fond, des procédures, des instruments et des institutions. Ce cadre constitue un outil important pour la mise en œuvre de la politique gouvernementale en faveur du secteur visé (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 21 à 46). Selon la structure institutionnelle du pays concerné et la répartition du pouvoir entre les différents niveaux de l'État, certains secteurs d'infrastructure peuvent être régis totalement par la législation provinciale ou locale ou en partie par cette dernière et par la législation nationale.

31. La réglementation des services d'infrastructure englobe une vaste gamme de questions générales et sectorielles qui peuvent sensiblement varier en fonction de la réalité sociale, politique, juridique et économique de chaque pays hôte. Si le *Guide* aborde parfois certaines des principales questions de réglementation apparaissant dans un contexte analogue dans différents secteurs (voir, par exemple, le chapitre IV "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 39 à 46 et 82 à 95), il n'a pas pour objet d'étudier de façon exhaustive les questions juridiques ou de fond liées à la réglementation de divers secteurs d'infrastructure. Le terme "organisme de réglementation" désigne les mécanismes institutionnels

nécessaires pour mettre en œuvre et suivre l'application des règles régissant les activités des exploitants d'infrastructures. Étant donné que ces règles laissent souvent une certaine marge de manœuvre, il faut un organe pour les interpréter et les appliquer, veiller à ce qu'elles soient respectées, imposer des sanctions et régler les différends auxquels donne lieu leur application. Les fonctions précises de réglementation et la marge de manœuvre qui est accordée seront déterminées par les règles elles-mêmes, qui peuvent être très variables.

32. Le *Guide* part du principe que le pays hôte est doté des structures institutionnelles et administratives et des ressources humaines nécessaires pour exécuter des projets d'infrastructure à financement privé. Néanmoins, pour apporter une aide aux organes législatifs nationaux qui estiment qu'il est nécessaire et souhaitable de mettre en place des organismes de réglementation pour contrôler la fourniture des services publics, la présente section examine certaines des principales questions institutionnelles et de procédure qui peuvent se poser à cet égard. Elle illustre différentes options qui ont été retenues dans les mesures législatives internes pour mettre en place un cadre réglementaire applicable aux projets d'infrastructure à financement privé, mais cela ne signifie pas que le *Guide* préconise d'établir une structure administrative ou un modèle particulier. Des informations pratiques et des avis techniques peuvent être obtenus auprès d'institutions financières internationales qui exécutent des programmes pour aider leurs pays membres à mettre en place un cadre réglementaire approprié (comme la Banque mondiale et les banques régionales de développement).

1. *Compétence sectorielle et attributions des organismes de réglementation*

33. Les fonctions de réglementation peuvent être organisées sur un base sectorielle ou transsectorielle. Les pays qui ont opté pour une démarche sectorielle ont souvent décidé de faire entrer dans la même structure réglementaire des secteurs étroitement associés ou des segments de ces secteurs (par exemple, organisme de réglementation commun pour l'électricité et le gaz ou pour les aéroports et les transports aériens). D'autres pays ont organisé la réglementation sur une base transsectorielle avec, dans certains cas, une entité de réglementation unique pour tous les secteurs d'infrastructure et, dans d'autres cas, une entité distincte pour les services publics (eau, électricité, gaz, télécommunications) et une autre pour les transports. Dans certains pays, la compétence des organismes de réglementation peut aussi s'étendre à plusieurs secteurs à l'intérieur d'une même région.

34. Les organismes de réglementation dont la compétence se limite à un secteur particulier encouragent habituellement le développement des connaissances techniques sectorielles. Des réglementations sectorielles peuvent faciliter l'élaboration de règles et de pratiques adaptées aux besoins du secteur concerné. Toutefois, le choix entre des réglementations sectorielles et des réglementations transsectorielles dépend en partie des moyens de réglementation dont dispose le pays. Les pays dont les connaissances spécialisées et l'expérience en matière de réglementation des

infrastructures sont limitées jugeront peut-être préférable de réduire le nombre des structures indépendantes et essaieront de réaliser des économies d'échelle.

35. La loi instituant un mécanisme de réglementation énonce souvent plusieurs objectifs généraux qui devraient orienter l'action des organismes de réglementation (promotion de la concurrence, protection des intérêts des usagers, satisfaction de la demande, efficacité du secteur ou des prestataires des services publics, viabilité financière, protection de l'intérêt général ou de la mission de service public et protection des droits des investisseurs). Le fait d'avoir un ou deux objectifs principaux aide à clarifier la mission des organismes de réglementation et à fixer des priorités entre des objectifs parfois conflictuels. Doté d'une mission clairement définie, un organisme de réglementation peut avoir davantage d'autonomie et de crédibilité.

2. Mécanismes institutionnels

36. L'éventail des mécanismes institutionnels de réglementation des secteurs d'infrastructure est très large. Tandis que certains pays confient les fonctions de réglementation à des organismes publics (par exemple, aux ministères ou aux services administratifs intéressés), d'autres préfèrent créer des organismes de réglementation autonomes, distincts de l'État. Certains pays ont décidé de soumettre divers secteurs d'infrastructure à une réglementation autonome et indépendante en laissant d'autres secteurs sous tutelle ministérielle. Parfois, les pouvoirs peuvent également être partagés entre un organisme de réglementation autonome et l'État, comme c'est souvent le cas pour l'octroi de licences. D'un point de vue législatif, il importe de concevoir des mécanismes institutionnels pour les fonctions réglementaires qui garantissent à l'organisme de réglementation un niveau approprié d'efficacité, compte tenu des traditions politiques, juridiques et administratives du pays.

37. L'efficacité du régime de réglementation est dans la plupart des cas fonction de l'objectivité des décisions prises dans ce domaine. Il s'ensuit que les organismes de réglementation doivent pouvoir prendre des décisions sans ingérence ou pression inopportune de la part des exploitants d'infrastructures et des prestataires de services publics. À cet effet, la loi exige, dans plusieurs pays, l'indépendance du processus de prise de décisions touchant à la réglementation. Afin de parvenir au niveau souhaité d'indépendance, il est recommandé de séparer les fonctions de réglementation des fonctions opérationnelles en retirant aux prestataires de services publics toute fonction de réglementation qui pourrait encore leur échoir et en les confiant à une entité juridiquement et fonctionnellement indépendante. L'indépendance des organismes de réglementation est étayée par des dispositions visant à prévenir les conflits d'intérêt, comme l'interdiction, pour le personnel de l'organisme de réglementation, d'occuper des fonctions, d'accepter des cadeaux, de passer des contrats ou de nouer toute autre relation (que ce soit directement ou par l'intermédiaire de parents ou d'autres personnes) avec les entreprises réglementées, leurs sociétés mères ou leurs filiales.

38. De cette condition en découle une autre, à savoir la nécessité de réduire au minimum le risque que des décisions soient prises ou influencées par un

organisme qui serait également propriétaire d'entreprises fonctionnant dans le secteur réglementé ou par un organisme se fondant davantage sur des critères politiques que techniques. Dans certains pays, il a été jugé nécessaire d'accorder à l'organisme de réglementation un certain degré d'autonomie vis-à-vis des organes politiques de l'État. L'indépendance et l'autonomie de la fonction de réglementation ne doivent pas être considérées uniquement sur le plan institutionnel, mais également sur le plan fonctionnel (ce qui signifie que les organismes réglementaires doivent pouvoir disposer de ressources financières et humaines suffisantes pour s'acquitter convenablement de leur mission).

3. *Pouvoirs des organismes de réglementation*

39. Les organismes de réglementation peuvent être habilités à prendre des décisions, jouer un rôle de conseil ou n'avoir que des fonctions purement consultatives, voire combiner ces différentes attributions en fonction de l'objet de la réglementation. Dans certains pays, ils se sont d'abord vu attribuer des pouvoirs limités qui ont été étendus par la suite à mesure qu'ils faisaient la preuve de leur indépendance et de leur professionnalisme. La législation spécifie souvent les attributions qui échoient respectivement à l'État et à l'organisme de réglementation. Il importe, à cet égard, que la situation soit claire pour éviter tout conflit ou confusion inutile. Les investisseurs ainsi que les consommateurs et les autres parties intéressées doivent savoir à qui adresser leurs différentes requêtes, demandes ou plaintes.

40. Par exemple, le choix des prestataires de services publics est un processus qui associe, dans de nombreux pays, l'État et l'organisme de réglementation. Lorsque la décision d'attribuer un projet nécessite de porter un jugement global de nature plus politique que technique, ce qui est souvent le cas dans le contexte d'une privatisation d'infrastructure, la décision finale revient souvent à l'État. Lorsque, toutefois, les critères d'attribution sont plus techniques, comme cela peut être le cas dans un système libéral d'octroi de licences pour des services de production d'électricité ou de télécommunications, de nombreux pays confient à un organisme de réglementation indépendant le soin de prendre la décision. Dans d'autres cas, il peut être fait obligation à l'État de demander l'opinion de l'organisme de réglementation avant d'attribuer une concession. Certains pays, en revanche, excluent toute participation directe des organismes de réglementation au processus d'attribution d'une concession au motif que cette participation pourrait influencer la manière dont ils réglementeront ultérieurement la fourniture du service en cause.

41. La compétence des organismes de réglementation s'étend généralement à toutes les entreprises opérant dans les secteurs qu'ils réglementent, sans qu'aucune distinction ne soit établie entre entreprises privées et publiques. Certaines fonctions ou certains instruments réglementaires peuvent ne s'appliquer, de par la loi, qu'aux prestataires de services publics dominants du secteur. Un organisme de réglementation, par exemple, peut n'avoir des attributions en matière de politique des prix que vis-à-vis du prestataire de services publics en titre ou dominant, alors que les nouveaux arrivés peuvent fixer librement leur prix.

42. Les questions sur lesquelles les organismes de réglementation doivent se prononcer sont variées: fonctions normatives (règles d'attribution des concessions et conditions d'homologation des équipements); octroi effectif des concessions; approbation de contrats ou de décisions proposés par des entités réglementées (calendrier ou contrat d'accès à un réseau); définition et contrôle d'une obligation de fournir certains services; surveillance des prestataires de services publics (notamment respect des conditions énoncées dans les licences, des normes et des objectifs de résultat); fixation ou ajustement des prix; contrôle des subventions, exemptions ou autres avantages susceptibles de fausser la concurrence dans le secteur; sanctions; et règlement des différends.

4. Composition et budget des organismes de réglementation

43. Lorsqu'ils ont créé un organisme de réglementation, quelques pays ont opté pour la solution de l'administrateur unique, tandis que la plupart des autres ont préféré opter pour une commission. Une commission peut offrir de meilleures garanties contre toute influence ou pression excessive et peut limiter le risque de prise irréfléchie de décisions réglementaires. Un organisme composé d'une personne peut, en revanche, prendre des décisions plus rapidement et peut être davantage responsabilisé. Pour améliorer la gestion du processus de prise de décisions dans une commission de réglementation, le nombre de membres est souvent limité (généralement à trois ou cinq). On évite souvent les nombres pairs pour prévenir tout blocage, même si le président dispose d'une voix prépondérante.

44. Pour renforcer l'autonomie de l'organisme de réglementation, il peut être utile d'associer au processus de désignation diverses institutions. Dans certains pays, les organismes de réglementation sont désignés par le chef de l'État sur la base d'une liste soumise par le parlement; dans d'autres, le pouvoir exécutif désigne l'organisme de réglementation sous réserve de confirmation par le parlement ou sur la base de propositions soumises par le parlement, par des associations d'utilisateurs ou par d'autres organismes. Certaines qualifications professionnelles minimales sont souvent exigées des responsables des organismes de réglementation ainsi que l'absence de conflits d'intérêt qui risqueraient de les disqualifier. Les mandats des membres des organismes de réglementation peuvent être échelonnés afin de prévenir toute rotation globale et d'empêcher que tous les membres ne soient désignés par le même gouvernement; cet échelonnement favorise également la continuité dans la prise de décisions. Les mandats sont souvent confiés pour une durée déterminée, peuvent être non renouvelables et ne peuvent être résiliés de façon anticipée que pour certaines raisons (condamnation pénale, incapacité mentale, négligences graves ou manquement au devoir). Les organismes de réglementation ont souvent affaire à des juristes et à des comptables expérimentés ainsi qu'à d'autres experts travaillant pour l'industrie réglementée. Ils doivent donc pouvoir acquérir le même niveau de spécialisation, de compétences et de professionnalisme soit grâce à une formation interne, soit en louant les services de conseillers extérieurs, selon le cas.

45. Des sources de financement stables sont indispensables au bon fonctionnement de l'organisme de réglementation. Dans de nombreux pays, le budget de cet organisme est financé par les droits et autres contributions versés par les entreprises réglementées. Les droits peuvent correspondre à un pourcentage du chiffre d'affaires des prestataires de services publics ou être perçus lors de l'attribution de licences, de concessions ou d'autres autorisations. Dans certains pays, le budget de cet organisme est complété, s'il y a lieu, par des transferts budgétaires prévus dans la loi de finance annuelle. Toutefois, cela peut créer un élément d'incertitude susceptible de réduire son autonomie.

5. Réglementation: mécanisme et procédures

46. Le cadre réglementaire comprend en général des règles de procédure régissant la façon dont les institutions chargées des diverses fonctions de réglementation doivent s'acquitter de leur mandat. La crédibilité du processus réglementaire exige transparence et objectivité, que la fonction réglementaire soit exercée par un ministère ou par un organisme de réglementation autonome. Les règles et procédures doivent être objectives et claires de façon à garantir l'équité, l'impartialité et l'intervention de l'organisme de réglementation en temps utile. Pour plus de transparence, la législation devrait exiger qu'elles soient rendues publiques. Les décisions réglementaires devraient être motivées et communiquées aux parties intéressées par voie de publication ou par quelque autre moyen que ce soit.

47. La transparence pourra être renforcée, ainsi que l'exigent certaines législations, par la publication par l'organisme de réglementation d'un rapport annuel sur le secteur indiquant, par exemple, les décisions prises au cours de l'exercice, les différends survenus et la façon dont ils ont été réglés. Ce rapport annuel pourra également comprendre les comptes de l'organisme de réglementation ainsi qu'un audit de ces comptes par un vérificateur indépendant. La législation de nombreux pays exige en outre que ce rapport annuel soit soumis à une commission parlementaire.

48. Les décisions en matière de réglementation peuvent avoir une incidence sur les intérêts de différents groupes, y compris sur le prestataire de services publics concerné, ses concurrents existants ou potentiels, ainsi que les usagers commerciaux ou privés. Dans de nombreux pays, la fonction réglementaire comprend une procédure de consultation pour les décisions ou recommandations les plus importantes. Cette consultation prend parfois la forme d'auditions publiques, parfois celle de documents de consultation sur lesquels les groupes intéressés sont invités à s'exprimer. Certains pays ont également créé des organes consultatifs composés d'usagers et d'autres parties concernées et exigent que leur avis soit sollicité lorsque sont adoptées des décisions et des recommandations importantes. Pour donner plus de transparence à ce processus, il peut être utile de publier ou de mettre autrement à la disposition du public les commentaires, les recommandations ou les opinions résultant de ces consultations.

6. *Recours contre les décisions de l'organisme de réglementation*

49. Les mécanismes permettant aux prestataires de services publics de demander un réexamen des décisions touchant à la réglementation sont un autre élément important du régime réglementaire du pays hôte. Comme pour l'ensemble du processus de réglementation, un degré élevé de transparence et de crédibilité est essentiel. Pour être crédible, le recours devrait être confié à une entité indépendante de l'organisme de réglementation qui a pris la décision initiale, des autorités politiques du pays hôte et des prestataires de services publics.

50. Le recours contre des décisions des organismes de réglementation relève souvent de la compétence des juridictions étatiques, mais dans certains systèmes juridiques il est de la compétence exclusive de tribunaux spéciaux s'occupant uniquement de questions administratives et qui, dans certains pays, ne font pas partie du système judiciaire. S'il y a des inquiétudes quant au processus de recours (au sujet, par exemple, de retards possibles ou de la capacité des tribunaux à faire des évaluations lorsque des décisions touchant à la réglementation abordent des questions économiques complexes), les fonctions de recours peuvent être confiées à un autre organisme, au moins dans un premier temps, avant que soient saisis en dernier ressort des tribunaux de l'ordre judiciaire ou administratif. Dans certains pays, les demandes de recours sont examinées par un organe de surveillance de haut niveau transsectoriel et indépendant. Dans d'autres, les demandes sont examinées par un comité composé de personnes exerçant des fonctions juridictionnelles et universitaires spécifiées. Quant aux motifs sur lesquels une demande de recours peut être fondée, des limites sont fixées dans de nombreux cas, en particulier pour ce qui est du droit de l'organe d'appel de substituer sa propre évaluation discrétionnaire des faits à celle de l'organe dont la décision fait l'objet d'un réexamen.

7. *Règlement des différends entre prestataires de services publics*

51. Des différends peuvent naître entre concessionnaires rivaux (par exemple, deux opérateurs de systèmes de téléphone cellulaire) ou entre concessionnaires fournissant des services dans des segments distincts du même secteur d'infrastructure. Ces différends peuvent donner lieu à des accusations de pratiques commerciales déloyales (par exemple, dumping de prix), de pratiques anticoncurrentielles incompatibles avec la politique du pays en matière d'infrastructure (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 23 à 29) ou de non-respect de certaines obligations des prestataires de services publics (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 82 à 93). De nombreux pays ont jugé que des dispositions législatives étaient nécessaires pour mettre en place un cadre approprié pour le règlement de ces différends.

52. D'une part, les diverses parties n'ont pas nécessairement conclu entre elles des arrangements contractuels prévoyant un mécanisme approprié de règlement des différends. Même là où il serait possible de le faire, le pays hôte peut avoir intérêt à ce que les différends portant sur certaines questions

(par exemple, les conditions d'accès à un réseau donné d'infrastructure) soient réglés par un organe particulier de façon à assurer une application cohérente des règles pertinentes. D'autre part, certains conflits entre prestataires de services publics peuvent porter sur des questions qui, selon les lois du pays hôte, ne sont pas arbitrables.

53. Le droit interne prévoit souvent des procédures administratives pour le règlement des différends entre prestataires de services publics. En général, ces derniers peuvent porter plainte devant l'organisme de réglementation ou un autre organisme public chargé de l'application des règles dont la violation est alléguée (par exemple, un organisme chargé de faire respecter les lois et les règlements sur la concurrence), qui a dans certains pays le pouvoir de rendre une décision contraignante. De tels mécanismes, même lorsqu'ils sont obligatoires, n'excluent pas nécessairement le recours des personnes lésées aux tribunaux, bien que dans certains systèmes juridiques ces derniers aient seulement le pouvoir de vérifier la légalité de la décision (par exemple, garantie d'une procédure régulière), mais non celui de se prononcer sur le fond.

II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics

A. Remarques générales

1. Les projets d'infrastructure à financement privé offrent la possibilité de réduire les fonds publics et autres engagés pour la construction et l'exploitation d'infrastructures. Ils permettent également de transférer vers le secteur privé un certain nombre de risques qui seraient sinon supportés par les pouvoirs publics. La répartition précise des risques entre les différentes parties concernées est généralement déterminée après examen d'un certain nombre de facteurs, y compris l'intérêt général que revêt la construction de l'infrastructure en question et le niveau de risque assumé par la société de projet, d'autres investisseurs et prêteurs (ainsi que leur capacité et leur volonté d'absorber ces risques à un coût acceptable). Une répartition adéquate des risques est indispensable pour réduire le coût des projets et garantir la réussite de leur exécution. Inversement, une répartition insatisfaisante des risques de projet peut compromettre la viabilité financière du projet ou entraver sa gestion efficace, augmentant ainsi le coût auquel le service est offert.

2. Autrefois, le financement par l'emprunt des projets d'infrastructure se faisait par sollicitation de crédits auprès des promoteurs du projet, d'organismes de crédit à l'exportation multilatéraux et nationaux, des pouvoirs publics et d'autres tiers. Ces dernières années, ces sources traditionnelles n'ont pas été en mesure de faire face aux besoins croissants de capitaux pour les infrastructures et le financement devient de plus en plus souvent un financement de projet.

3. Le financement de projet, comme modalité de financement, vise à établir la solvabilité propre de la société de projet avant même le début des travaux de construction ou la génération de recettes, et à emprunter en se fondant sur cette solvabilité. Des commentateurs ont fait observer que le financement de projet pouvait être un moyen de mobiliser la masse de capitaux virtuellement disponibles sur les marchés financiers pour les investir dans les infrastructures. Toutefois, ce type de financement présente, d'un point de vue financier, des caractéristiques particulières et contraignantes. La plus importante est le fait que, dans une structure de ce type, les parties au financement doivent compter essentiellement pour être remboursées sur les actifs et le cash flow de la société de projet. Si le projet échoue, ils ne pourront pas se retourner, ou seulement de façon limitée, contre un promoteur du projet ou une autre tierce partie pour se faire rembourser (voir aussi "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 54 et 55).

4. La méthodologie financière sur laquelle se base le financement de projet exige une projection précise des dépenses d'investissement, des recettes et

des coûts, frais, taxes et engagements liés au projet. Pour prévoir ces montants avec précision et certitude, et pour créer un modèle financier pour le projet, il est généralement nécessaire de partir d'une "hypothèse de base" pour les recettes, coûts et frais de la société de projet, couvrant une longue période – souvent 20 ans ou plus –, afin de déterminer le montant des emprunts et des fonds propres que l'on peut envisager. La détermination et la quantification des risques sont deux éléments fondamentaux de cette analyse. C'est pourquoi la détermination, l'évaluation, la répartition et l'atténuation des risques sont, d'un point de vue financier, au cœur même de ce type de financement.

5. Parmi les risques qu'il est le plus important, mais aussi le plus difficile, d'évaluer et d'atténuer, il y a le "risque politique" (risque associé à des mesures défavorables du pays hôte, de ses organismes ou de ses tribunaux, en particulier pour ce qui est de l'octroi de licences et d'autorisations, de la réglementation applicable à la société de projet et à ses marchés, du régime d'imposition et de l'exécution des obligations contractuelles) et le "risque de change" (risque relatif à la valeur, la transférabilité et la convertibilité de la monnaie locale). C'est pour se prémunir contre ces risques, en particulier, que le financement de projet est souvent assorti d'une assurance ou de garanties d'institutions financières internationales et d'organismes de crédit à l'exportation, ainsi que de garanties du pays hôte.

6. La section B du présent chapitre (par. 8 à 29) donne un aperçu des principaux risques encourus dans les projets d'infrastructure à financement privé et examine brièvement des solutions contractuelles courantes de répartition des risques en soulignant la nécessité d'accorder aux parties la souplesse nécessaire pour négocier une répartition équilibrée des risques de projet. La section C (par. 30 à 60) présente les considérations de politique générale dont les pouvoirs publics peuvent souhaiter tenir compte lorsqu'ils décident de l'importance de l'appui direct à fournir aux projets d'infrastructure (intérêt général d'un projet donné et nécessité d'éviter que les pouvoirs publics n'assument d'éventuelles responsabilités évolutives ou excessives) et passe en revue certaines autres mesures d'appui adoptées dans des programmes publics visant à promouvoir l'investissement privé dans la construction d'infrastructures, sans toutefois en privilégier aucune. Enfin, les sections D (par. 61 à 71) et E (par. 72 à 74) présentent les garanties et les mesures d'appui qui peuvent être mises en œuvre par des organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements.

7. D'autres chapitres du *Guide* traitent d'aspects du régime juridique du pays hôte qui ont un rapport avec l'analyse des crédits et des risques liés à un projet. L'accent mis sur ces questions variera de toute évidence selon le secteur et le type de projet. Le lecteur se reportera en particulier aux chapitres suivants: chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet"; chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"; chapitre VI, "Règlement des différends"; et chapitre VII, "Autres domaines pertinents du droit".

B. Risques de projet et répartition des risques

8. Telle qu'elle est utilisée dans le présent chapitre, la notion de "risques de projet" renvoie aux circonstances qui, de l'avis des parties, ont un impact négatif sur le bénéfice qu'elles escomptent tirer du projet. Bien qu'il puisse exister des événements représentant un risque grave pour la plupart des parties (destruction physique de l'ouvrage par une catastrophe naturelle, par exemple), l'exposition de chaque partie au risque variera en fonction du rôle que celle-ci joue dans le projet.

9. L'expression "répartition des risques" revient à déterminer quelle(s) partie ou parties doivent assumer les conséquences de la survenue d'événements identifiés comme risques de projet. Par exemple, si la société de projet est tenue de livrer à l'autorité contractante l'infrastructure dotée de certains équipements en état de fonctionnement, la société de projet assume le risque que l'équipement ne fonctionne pas conformément aux spécifications convenues. L'existence de ce risque de projet peut, à son tour, avoir une série de conséquences pour la société de projet, y compris la mise en jeu de sa responsabilité pour non-respect d'une obligation contractuelle en vertu de l'accord de projet ou du droit applicable (par exemple, versement de dommages-intérêts à l'autorité contractante au titre du retard dans la mise en exploitation de l'ouvrage); certaines pertes (par exemple, perte de recettes résultant de la mise en exploitation tardive de l'ouvrage); ou dépenses supplémentaires (par exemple, frais de réparation d'équipements défectueux ou de fourniture d'équipements de substitution).

10. La partie assumant un risque donné peut prendre des mesures préventives en vue de limiter la probabilité de ce risque ainsi que des mesures spécifiques pour se protéger, intégralement ou partiellement, contre ses conséquences. Ces mesures sont souvent dites d'"atténuation des risques". Dans le précédent exemple, la société de projet examinera soigneusement la fiabilité des équipementiers et la technologie proposée. Elle pourra exiger de ses équipementiers qu'ils apportent des garanties indépendantes concernant le fonctionnement de leurs équipements. Le fournisseur peut également être tenu de verser à la société de projet des pénalités ou des dommages-intérêts d'un montant préalablement fixé pour les conséquences du non-fonctionnement de ses équipements. Dans certains cas, une chaîne plus ou moins complexe d'arrangements contractuels peut être établie pour atténuer les conséquences d'un risque de projet. Par exemple, la société de projet peut combiner les garanties offertes par l'équipementier avec une assurance commerciale couvrant certaines conséquences de l'interruption de son activité en raison du non-fonctionnement des équipements.

1. *Aperçu des principales catégories de risque de projet*

11. À des fins d'illustration, les paragraphes suivants offrent un aperçu des principales catégories de risque de projet et donnent des exemples de certains arrangements contractuels utilisés pour répartir et atténuer ces risques. Pour un examen plus poussé de ce sujet, il est conseillé au lecteur de consulter

d'autres sources d'information telles que le Guide de l'ONUDI sur les projets CET¹.

a) Interruption d'un projet causée par des événements échappant au contrôle des parties

12. Les parties courent le risque que le projet soit interrompu par des événements imprévus ou extraordinaires échappant à leur contrôle et pouvant être de nature physique, comme des catastrophes naturelles (inondations, tempêtes, tremblements de terre) ou résulter de l'action de l'homme (guerres, émeutes ou attentats terroristes). Ces événements imprévus ou extraordinaires peuvent entraîner une interruption temporaire de l'exécution du projet ou de l'exploitation de l'ouvrage, provoquant un retard dans la construction, une perte de recettes et d'autres pertes. Des événements graves peuvent causer des dommages physiques, voire des destructions irréparables (pour un examen des conséquences juridiques de la survenue de tels événements, voir le chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 131 à 139).

b) Interruption d'un projet causée par des actes préjudiciables des pouvoirs publics ("risque politique")

13. La société de projet et les prêteurs courent le risque que l'exécution du projet subisse les effets négatifs d'actes de l'autorité contractante, d'une autre entité publique ou de l'organe législatif du pays hôte. Ces risques sont souvent appelés "risques politiques" et peuvent être classés en trois grandes catégories: risques politiques "traditionnels" (par exemple, nationalisation des avoirs de la société de projet ou imposition de nouvelles taxes compromettant l'aptitude de la société de projet à rembourser ses prêts et à amortir ses investissements); risques réglementaires (par exemple, introduction de normes plus rigoureuses de prestation des services ou ouverture d'un secteur à la concurrence) et risques "quasi commerciaux" (par exemple, non-respect de ses engagements par l'autorité contractante ou interruptions du projet dues à un changement des priorités et des plans de l'autorité contractante) (pour un examen des conséquences juridiques de la survenue de tels événements, voir le chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 122 à 125). Outre les risques politiques liés au pays hôte, certains risques politiques peuvent résulter d'actes d'un gouvernement étranger (blocus, embargo ou boycottage imposés par le gouvernement du pays d'origine des investisseurs).

c) Risques de construction et d'exploitation

14. Les principaux risques encourus par les parties pendant la phase de construction sont le risque que l'ouvrage ne puisse pas être achevé ou livré

¹Voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", note 1.

conformément au calendrier convenu (risque d'achèvement); que le coût de construction dépasse les estimations initiales (risque de dépassement des coûts de construction); ou que l'ouvrage ne réponde pas aux critères de fonctionnement lors de l'achèvement (risque de fonctionnement). De même, pendant la phase d'exploitation, les parties courent le risque que l'ouvrage achevé ne puisse être efficacement exploité ou maintenu pour produire la capacité, le produit ou le rendement escomptés (risque de fonctionnement); ou que les coûts d'exploitation dépassent les estimations initiales (dépassement des coûts d'exploitation). On notera que les risques de construction et d'exploitation ne touchent pas seulement le secteur privé. L'autorité contractante et les usagers du pays hôte peuvent être gravement touchés par une interruption de la fourniture de services nécessaires. Les pouvoirs publics, en tant que représentant de l'intérêt général, se préoccupent habituellement des risques liés à la sûreté ou des dommages causés à l'environnement par une exploitation défectueuse de l'infrastructure.

15. Certains de ces risques peuvent être occasionnés par la société de projet ou par ses entrepreneurs ou fournisseurs. Par exemple, le dépassement des coûts de construction et les retards dans l'achèvement peuvent être le résultat de pratiques de construction inefficaces, de gaspillages, d'une mauvaise budgétisation ou d'un manque de coordination entre les entrepreneurs. Le fait que l'ouvrage ne réponde pas aux critères de fonctionnement peut également être le résultat d'une mauvaise conception, d'une inadaptation des techniques utilisées ou d'équipements défectueux livrés par les fournisseurs à la société de projet. Pendant la phase opérationnelle, les défauts de fonctionnement peuvent être la conséquence, par exemple, d'une maintenance défectueuse de l'ouvrage ou d'une exploitation négligente d'équipements mécaniques. Le dépassement des coûts d'exploitation peut aussi être la conséquence d'une mauvaise gestion.

16. Certains de ces risques, cependant, peuvent également résulter de mesures spécifiques prises par l'autorité contractante, par d'autres autorités publiques, voire par l'organe législatif du pays hôte. Les défauts d'exécution ou les dépassements de coûts peuvent être la conséquence de l'insuffisance des spécifications techniques fournies par l'autorité contractante lors de la sélection du concessionnaire. Les retards et les dépassements de coûts peuvent également être occasionnés par des actions entreprises par l'autorité contractante suite à l'attribution du projet (retards dans l'obtention des autorisations et permis, surcoûts causés par une évolution des besoins du fait d'une planification déficiente, interruptions causées par des organismes de contrôle ou livraison tardive du terrain sur lequel l'ouvrage doit être construit). Des mesures législatives ou réglementaires générales (normes de sécurité ou de travail plus rigoureuses) peuvent également accroître les coûts de construction ou d'exploitation. Des déficits de production peuvent être provoqués par la non-livraison des fournitures nécessaires (par exemple, électricité ou gaz) par les pouvoirs publics.

d) Risques commerciaux

17. Les "risques commerciaux" ont trait à la possibilité que le projet ne puisse générer les recettes escomptées en raison d'une évolution des prix du

marché ou de la demande des biens et services qu'il produit. Ces deux formes de risque commercial peuvent gravement limiter l'aptitude de la société de projet à assurer le service de sa dette et compromettre la viabilité financière du projet.

18. Les risques commerciaux varient grandement en fonction du secteur et du type de projet. Le risque peut être considéré comme minime ou modéré lorsque la société de projet a un monopole sur le service concerné ou lorsqu'elle fournit un client unique en vertu d'un accord d'enlèvement permanent. En revanche, les risques commerciaux peuvent être considérables pour des projets qui dépendent de recettes liées au marché, notamment lorsqu'en raison de l'existence d'installations ou de sources d'approvisionnement concurrentes, il est difficile d'établir une prévision fiable de l'usage ou de la demande. Cela peut être le cas, en particulier, de projets de routes payantes affrontant la concurrence de routes gratuites. En fonction de la facilité avec laquelle les conducteurs peuvent accéder à des routes gratuites, les recettes des péages peuvent être difficiles à prévoir, surtout dans des zones urbaines où il peut exister de nombreux itinéraires concurrents et où des routes peuvent être construites ou améliorées en permanence. De surcroît, la circulation est encore plus difficile à prévoir pour de nouvelles routes payantes, surtout lorsqu'elles ne complètent pas un système existant d'ouvrages à péages, car il n'y a pas de modèle de circulation pouvant servir de base actuarielle.

e) Taux de change et autres risques financiers

19. Le risque de change a trait à la possibilité que des mouvements des taux de change réduisent la valeur de change des liquidités tirées du projet. Les droits et redevances perçus auprès des usagers ou clients locaux seront vraisemblablement réglés en monnaie locale alors que les prêts et, parfois, les dépenses d'équipement ou de carburant pourront être libellées en devises étrangères. Ce risque peut être considérable, car les taux de change sont particulièrement instables dans de nombreux pays en développement ou dans des pays dont l'économie est en transition. Outre ces fluctuations, la société de projet court le risque qu'un contrôle des changes ou une pénurie des réserves de devises étrangères limite l'offre, sur le marché local, de devises dont elle a besoin pour assurer le service de sa dette ou amortir son investissement initial.

20. Un autre risque pesant sur la société de projet a trait à la possibilité que les taux d'intérêt augmentent, forçant ladite société à assumer des dépenses de financement supplémentaires. Ce risque peut être élevé pour les projets d'infrastructure étant donné les sommes généralement importantes empruntées et la durée des projets, certains prêts s'étendant sur plusieurs années. Les prêts sont souvent consentis à un taux d'intérêt fixe (obligation à taux fixe, par exemple) pour réduire le risque lié aux taux d'intérêt. En outre, le montage financier peut comprendre des mécanismes de couverture du risque de taux d'intérêt revêtant, par exemple, la forme d'échanges ou de plafonnements des taux d'intérêt.

2. *Arrangements contractuels pour la répartition et l'atténuation des risques*

21. Il découle de ce qui précède que les parties doivent tenir compte de très nombreux facteurs pour répartir efficacement les risques de projet. C'est pourquoi il n'est généralement pas souhaitable de prévoir des dispositions réglementaires qui limitent de façon injustifiée la capacité des négociateurs à répartir les risques de façon équilibrée et adaptée à chaque projet. Néanmoins, il peut être utile que les pouvoirs publics donnent des lignes directrices générales aux responsables intervenant au nom des autorités contractantes locales, par exemple en formulant des principes indicatifs sur la répartition des risques.

22. Les lignes directrices pratiques données aux autorités contractantes dans un certain nombre de pays font souvent référence aux principes généraux de la répartition des risques de projet. L'un de ces principes veut que les risques spécifiques soient normalement supportés par la partie la mieux à même de les évaluer, de les contrôler et de les gérer. D'autres principes prévoient de faire supporter les risques de projet à la partie ayant les meilleures possibilités de couverture (à savoir mécanismes d'investissement permettant de compenser les pertes subies dans une opération en réalisant un profit simultané dans une autre opération) ou ayant la plus grande aptitude à diversifier les risques ou à les atténuer au moindre coût. En pratique, toutefois, la répartition des risques dépend souvent à la fois de considérations politiques (intérêt général du projet ou somme des risques pris par l'autorité contractante au titre de divers projets, par exemple) et du pouvoir de négociation des parties. En outre, il est important, pour répartir les risques, de prendre en compte la solidité financière des parties qui seront amenées à supporter un risque spécifique et leur aptitude, au cas où ce risque se concrétiserait, à en assumer les conséquences.

23. C'est habituellement la société de projet et ses entrepreneurs qui assument les risques ordinaires liés à la construction et à l'exploitation de l'infrastructure. Ainsi, les risques de dépassement des délais et des coûts et les autres risques qui existent généralement lors de la phase de construction sont habituellement supportés par le ou les constructeurs en vertu d'un contrat de construction clefs en main par lequel le constructeur assume l'entière responsabilité de la conception et de la construction de l'infrastructure pour un prix et une date donnés et en respectant des spécifications techniques particulières (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 70). Le constructeur est généralement tenu de verser des dommages-intérêts spécifiés ou une amende pour tout retard. En outre, il est généralement tenu de fournir une garantie de bonne exécution telle qu'une caution bancaire ou un cautionnement. Chaque équipementier est également tenu, en règle générale, de fournir des garanties quant aux caractéristiques techniques de son matériel. Les garanties de bonne exécution fournies par les entrepreneurs et les équipementiers sont souvent complétées par des garanties similaires fournies par le concessionnaire au bénéfice de l'autorité contractante. De même, la société de projet atténue habituellement son risque d'exploitation en concluant un contrat d'exploitation et de maintenance par lequel la société

d'exploitation s'engage à fournir le produit exigé et à assumer la responsabilité en cas de défaillances d'exploitation. Dans la plupart des cas, des arrangements de ce type sont indispensables à la réussite du projet. Les prêteurs, quant à eux, s'efforceront de se mettre à l'abri des conséquences de ces risques en exigeant, par exemple, la cession du produit de toute caution émise pour garantir le travail de l'entrepreneur. Les accords de prêts prévoient en général que le produit dérivé des "contract bonds" (cautionnement de marché) doit être déposé sur un compte gagé au profit des prêteurs (à savoir un "compte séquestre") à titre de garantie contre les détournements de fonds dont la société de projet pourrait se rendre responsable ou les saisies que pourraient opérer des tiers (par exemple, d'autres créanciers). Néanmoins, les fonds versés au titre des "contract bonds" sont mis régulièrement à la disposition de la société de projet selon les besoins pour couvrir les frais des réparations ou les dépenses de fonctionnement ou autres.

24. L'autorité contractante, de son côté, devra supporter les risques relatifs à des événements dépendant d'elle, comme la fourniture de spécifications techniques insuffisantes lors du processus de sélection ou un retard dû à la non-fourniture en temps voulu du matériel prévu. L'autorité contractante peut aussi être amenée à assumer les conséquences de perturbations dues à des actes des pouvoirs publics en acceptant, par exemple, de dédommager la société de projet en cas de diminution des recettes liée à des mesures de contrôle des prix (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 124). Si certains risques politiques peuvent être atténués en contractant une assurance, l'obtention d'une telle assurance, en supposant qu'elle soit possible dans le pays concerné, ne le sera peut-être pas à un coût acceptable. Ainsi, les investisseurs et prêteurs potentiels pourraient s'adresser aux pouvoirs publics afin, par exemple, d'obtenir des garanties contre l'expropriation ou la nationalisation et être assurés d'être convenablement dédommagés au cas où de telles mesures seraient prises (voir par. 50). En fonction de leur évaluation du niveau de risque encouru dans le pays hôte, les investisseurs et prêteurs potentiels ne voudront peut-être pas s'engager dans un projet sans recevoir de telles assurances ou garanties.

25. La plupart des risques de projet auxquels il est fait allusion dans les paragraphes ci-dessus peuvent, dans une certaine mesure, être considérés comme contrôlables par l'une ou l'autre partie. Cela dit, de très nombreux risques de projet tiennent à des événements sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle ou qui sont imputables aux actes de tiers, et il peut donc être nécessaire d'appliquer d'autres principes de répartition des risques.

26. Par exemple, la société de projet pourrait s'attendre à ce que le risque lié aux taux d'intérêt, ainsi que le risque d'inflation, soit supporté par les utilisateurs finals ou les clients de l'infrastructure par le biais d'une hausse des tarifs, ce qui n'est toutefois pas toujours faisable, pour des raisons liées au marché ou pour cause de contrôle des prix. La structure tarifaire négociée entre la société de projet et l'autorité contractante définira la mesure dans laquelle la société de projet sera dispensée de supporter ces risques ou devra en absorber une partie (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 36 à 46).

27. D'autres risques pouvant être répartis selon différentes modalités sont les risques liés à des événements extérieurs au projet tels que guerres, troubles civils, catastrophes naturelles ou autres, sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. Dans le cas de projets d'infrastructure traditionnels, réalisés par le secteur public, l'entité publique concernée supporte généralement le risque, par exemple, de destruction de l'infrastructure par une catastrophe naturelle ou par un événement analogue, dans la mesure où ce risque ne peut être assuré. Dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé, les pouvoirs publics préféreront peut-être que ce type de risques soit supporté par la société de projet. Toutefois, selon la façon dont il évalue ces risques particuliers dans le pays hôte, le secteur privé peut ne pas être disposé à les supporter. Il n'existe donc pas, en pratique, de solution unique pour couvrir cette catégorie de risque, et des arrangements spéciaux sont souvent conclus pour chacun d'eux. Ainsi, les parties peuvent convenir que la survenue d'un de ces événements dispense la partie affectée de se conformer aux dispositions relatives au défaut d'exécution dans l'accord de projet, auquel cas des arrangements contractuels prévoient des solutions à certaines des conséquences néfastes de ces événements, comme l'extension du contrat en vue de compenser le retard dû auxdits événements, voire, dans certaines circonstances, une forme de versement direct (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 131 à 139). Ces arrangements seront complétés par une assurance commerciale contractée, s'il s'en trouve pour un coût abordable, par la société de projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 119 et 120).

28. Il peut également être nécessaire de négocier des arrangements spéciaux pour la répartition des risques commerciaux. Des projets tels que ceux portant sur les communications mobiles ont généralement un potentiel relativement élevé de recouvrement des coûts directs et, dans la plupart des cas, la société de projet supporte ces risques sans les partager avec l'autorité contractante et sans pouvoir recevoir d'appui des pouvoirs publics. Pour d'autres projets d'infrastructure, comme les projets de centrale électrique, la société de projet peut revoir les arrangements contractuels passés avec l'autorité contractante ou une autre autorité publique en vue de ne supporter que des risques commerciaux moindres en négociant, par exemple, des accords d'enlèvement à long terme qui lui garantissent des débouchés pour un prix défini. Les paiements peuvent refléter la consommation réelle ou la mise à disposition du produit, ou une combinaison d'éléments des deux variantes, et les tarifs applicables font généralement l'objet d'une clause de révision ou d'indexation visant à protéger la valeur réelle des recettes contre l'augmentation des coûts d'exploitation due au vieillissement de l'infrastructure (voir aussi chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 50 et 51). Enfin, il existe des projets à intensité relativement forte de capital et au potentiel de recouvrement des coûts plus lent, comme les projets d'adduction d'eau ou de routes à péage, que le secteur privé ne voudra peut-être pas entreprendre sans une forme ou une autre de partage des risques avec l'autorité contractante par l'intermédiaire, par exemple, de garanties de recettes fixes ou par le versement d'un montant défini pour mise à disposition de l'infrastructure, indépendamment de l'usage réel qui en est fait (voir aussi chap. IV,

“Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 48 et 49).

29. La répartition des risques convenue entre l’autorité contractante et la société de projet influera sur leurs droits et obligations mutuels, énoncés dans l’accord de projet. Les possibles incidences législatives de certaines dispositions fréquentes dans les accords de projet sont abordées dans d’autres chapitres du *Guide* (voir chap.IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet” et V, “Durée, prorogation et résiliation de l’accord de projet”). Divers autres accords seront également négociés par les parties en vue d’atténuer les risques ou de modifier leur répartition (par exemple, accords de crédit; contrats de construction, de fourniture de matériel, d’exploitation et de maintenance; accords directs entre l’autorité contractante et les prêteurs; et accords d’enlèvement ou de fourniture de matériel à long terme, au besoin).

C. Appui des pouvoirs publics

30. La section précédente montre que les parties peuvent recourir à divers arrangements contractuels pour répartir et atténuer les risques de projet. Mais ces arrangements ne suffisent peut-être pas toujours à inspirer la confiance nécessaire aux investisseurs privés pour participer à des projets d’infrastructure à financement privé. Un appui supplémentaire des pouvoirs publics peut également se révéler nécessaire pour rendre plus attrayants des investissements privés dans des projets d’infrastructure dans le pays hôte.

31. L’appui des pouvoirs publics peut revêtir plusieurs formes. En général, toute mesure qu’ils prennent pour créer un climat plus propice aux investissements en faveur de projets d’infrastructure peut être considérée comme une forme d’appui. De ce point de vue, l’existence d’une législation permettant aux pouvoirs publics d’attribuer des projets d’infrastructure à financement privé ou l’établissement d’une structure hiérarchique claire pour la négociation et le suivi de ces projets (voir chap. I, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 23 à 29) peuvent constituer d’importantes mesures d’appui à leur exécution. Telle qu’elle est employée dans le *Guide*, l’expression “appui des pouvoirs publics” a toutefois un sens plus restreint puisqu’elle désigne en particulier les mesures spéciales, dans la plupart des cas financières ou économiques, que les pouvoirs publics peuvent prendre pour créer des conditions plus favorables à l’exécution d’un projet donné ou aider la société de projet à faire face à certains risques liés au projet, ces mesures dépassant le cadre normal des arrangements contractuels sur lesquels se sont entendues l’autorité contractante et la société de projet pour répartir les risques. Lorsqu’elles existent, les mesures d’appui des pouvoirs publics font généralement partie intégrante des programmes que ceux-ci élaborent pour attirer des investissements privés en faveur de projets d’infrastructure.

1. Considérations pratiques concernant l’appui des pouvoirs publics

32. Dans la pratique, les pouvoirs publics décident d’appuyer l’exécution d’un projet après en avoir évalué l’utilité économique ou sociale et avoir déterminé si un appui supplémentaire de leur part se justifie. Ils peuvent

estimer que le secteur privé n'est probablement pas en mesure de financer à lui seul certains projets à un coût acceptable. Ils peuvent également considérer que certains projets risquent de ne pas se concrétiser si aucune mesure d'appui n'est introduite pour atténuer une partie des risques liés à ces projets. En effet, les investisseurs privés et les prêteurs sont disposés à exécuter de vastes projets dans un pays donné non seulement en fonction de leur appréciation des risques, mais également selon que la situation dans le pays hôte, en particulier dans le secteur des infrastructures, leur inspire confiance pour investir. Les investisseurs privés attacheront probablement une importance particulière à des facteurs comme l'économie du pays hôte et le niveau de développement des structures du marché ou encore le fait que le pays a ou non mené à bien des projets d'infrastructure à financement privé au cours des dernières années.

33. Compte tenu de ce qui précède, un certain nombre de pays ont adopté une stratégie souple en matière d'appui des pouvoirs publics. Dans certains d'entre eux, des dispositions législatives ont été introduites qui permettent de modeler le niveau et le type d'appui en fonction des besoins de chaque secteur d'infrastructure. Dans d'autres, la loi donne aux pouvoirs publics l'autorité suffisante pour accorder certains types d'assurances ou de garanties et se réserver le droit de ne pas les accorder dans tous les cas. Toutefois, les pouvoirs publics souhaiteront s'assurer que le niveau et le type d'appui fourni au projet n'entraîne pas une prise de responsabilité illimitée. En effet, lorsque les autorités publiques prennent trop d'engagements en octroyant des garanties pour un projet donné, elles risquent de ne pas pouvoir accorder de garanties pour d'autres projets d'un intérêt général peut-être bien plus grand.

34. Il est possible d'accroître l'efficacité des programmes d'appui des pouvoirs publics visant à promouvoir les investissements privés en faveur d'infrastructures en adoptant des techniques appropriées permettant de budgétiser les mesures d'appui ou d'évaluer le coût total d'autres formes de soutien. S'agissant des crédits, par exemple, les garanties offertes par les autorités publiques ont généralement un coût moindre que les garanties octroyées par les organismes de crédit. La différence (moins le montant des frais et intérêts dus par la société de projet) représente un coût pour les pouvoirs publics et une subvention pour la société de projet. Or, dans de nombreux cas, la garantie de prêt n'est pas inscrite comme une dépense tant que personne ne la fait jouer. Ainsi, le montant réel de la subvention octroyée par les pouvoirs publics n'est pas comptabilisé, ce qui peut donner la trompeuse impression que les garanties de prêts impliquent une charge moindre que le versement de subventions directes. Dans le même ordre d'idées, le coût financier et économique des exonérations fiscales accordées par les pouvoirs publics peut passer inaperçu, ce qui rend celles-ci moins transparentes que d'autres formes d'aide directe. C'est pourquoi les pays qui envisagent d'élaborer des programmes d'appui aux projets d'infrastructure à financement privé devront probablement mettre au point des méthodes spéciales pour estimer le coût budgétaire de mesures d'appui telles que les exonérations fiscales, les prêts et les garanties de prêts accordés par les autorités publiques, de manière à tenir compte du montant escompté des coûts ou pertes de revenu futurs.

2. *Formes d'appui des pouvoirs publics*

35. L'offre d'un appui direct par les pouvoirs publics, que ce soit sous la forme de garanties, de prêts publics ou d'assurances de recettes, peut être un instrument important dans la structuration financière du projet. Les paragraphes suivants décrivent brièvement des formes d'appui qui sont parfois autorisées par la loi et examinent les éventuelles incidences législatives qu'elles peuvent avoir pour le pays hôte, sans en privilégier aucune.

36. En règle générale, outre les mesures administratives et budgétaires qui peuvent être nécessaires pour garantir le respect des engagements pris par les pouvoirs publics pendant toute la durée du projet, il est souhaitable que l'organe législatif examine l'éventuelle nécessité d'une autorisation législative explicite pour fournir certaines formes d'appui. Lorsqu'un appui des pouvoirs publics est jugé souhaitable, il importe que l'organe législatif garde à l'esprit les obligations qu'a contractées le pays hôte en vertu d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges, qui peuvent limiter l'aptitude des autorités publiques des États contractants à fournir un appui, financier ou autre, aux sociétés opérant sur leur territoire. De surcroît, lorsque les pouvoirs publics envisagent d'appuyer l'exécution d'un projet d'infrastructure, cette circonstance devrait être précisée à tous les soumissionnaires potentiels en temps opportun pendant la procédure de sélection (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 67).

a) Prêts publics et garanties de prêts

37. Dans certains cas, la loi autorise les pouvoirs publics à accorder des prêts sans intérêt ou à faible intérêt à la société de projet pour réduire le coût financier du projet. En fonction des règles comptables à appliquer, certains prêts sans intérêt accordés par des organismes publics peuvent être comptabilisés comme recettes dans les livres de la société de projet, les prêts étant considérés comme frais déductibles sur les plans fiscal et comptable. De plus, des prêts subordonnés accordés par les pouvoirs publics peuvent améliorer les termes financiers du projet en complétant des prêts privilégiés accordés par des banques commerciales sans concurrencer ceux-ci pour ce qui est du remboursement. Des prêts publics peuvent être généralement accordés à toutes les sociétés de projet d'un secteur donné ou ils peuvent viser uniquement à offrir une assistance temporaire à la société de projet en cas de survenue de certains risques de projet. Le montant total de tout prêt de ce type peut en outre être limité à une somme fixe ou à un pourcentage du coût total du projet.

38. Outre les prêts publics, certaines lois nationales autorisent l'autorité contractante ou tout autre organisme du pays hôte à accorder des garanties de prêts pour le remboursement d'emprunts effectués par la société de projet. Les garanties de prêts ont pour objet de protéger les prêteurs (et, parfois, les investisseurs qui accordent également des fonds au projet) contre toute défaillance de la société de projet. Les garanties de prêts n'entraînent pas de décaissement immédiat de fonds publics et peuvent paraître plus attrayantes

aux pouvoirs publics que des prêts directs. Cependant, des garanties de prêts peuvent représenter une responsabilité éventuelle importante et l'exposition des pouvoirs publics peut être considérable, surtout en cas de faillite totale de la société de projet. En effet, les pouvoirs publics ne trouveraient, dans la plupart des cas, que peu de réconfort dans une éventuelle subrogation des droits des prêteurs vis-à-vis d'une société de projet insolvable.

39. Ainsi, outre des mesures générales visant à améliorer l'efficacité de programmes d'appui des pouvoirs publics (voir par. 34), il peut être souhaitable d'envisager des dispositions concrètes limitant l'exposition de ces derniers au titre de garanties de prêts. Les règles régissant l'offre de garanties de prêts peuvent prévoir un plafond, qui pourrait être exprimé sous la forme d'un montant fixe ou, si l'on a besoin de davantage de souplesse, d'un certain pourcentage de l'investissement total dans tout projet donné. Une autre mesure permettant de limiter les responsabilités éventuelles de l'organisme se portant garant peut consister à définir les cas dans lesquels ces garanties peuvent être étendues, compte tenu des types de risque de projet que les pouvoirs publics peuvent être disposés à partager. Si, par exemple, les pouvoirs publics envisagent de ne partager que les risques d'interruption temporaire causée par des événements sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle, les garanties pourraient se limiter au cas où la société de projet est mise temporairement dans l'incapacité de servir des intérêts en raison de la survenue d'événements imprévisibles spécifiés sur lesquels elle n'a aucun contrôle. Si les pouvoirs publics souhaitent accorder un plus grand degré de protection aux prêteurs, les garanties peuvent couvrir l'incapacité permanente de la société de projet de rembourser ses emprunts pour les mêmes raisons. Dans ce cas, cependant, il est souhaitable de ne pas supprimer les mécanismes incitant les prêteurs à faire en sorte que le projet se poursuive, par exemple en identifiant un autre concessionnaire adéquat ou en intervenant par l'intermédiaire d'un agent désigné pour pallier la défaillance de la société de projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 147 à 150). Le recours aux garanties des pouvoirs publics pourrait ainsi être conditionné par l'épuisement préalable des autres solutions offertes aux prêteurs dans le cadre de l'accord de projet, des accords de prêt ou des accords qu'ils ont conclus directement, le cas échéant, avec l'autorité contractante. Quoi qu'il en soit, l'offre par les pouvoirs publics de garanties de prêts intégrales représentant une protection totale des prêteurs contre le risque de défaillance de la société de projet n'est pas un élément fréquent des projets d'infrastructure exécutés dans le cadre de la formule du financement de projet.

b) Prise de participation

40. Une autre forme d'appui supplémentaire des pouvoirs publics peut être la prise de participation directe ou indirecte dans la société de projet. Une prise de participation peut aider à obtenir un ratio d'endettement plus favorable en complétant les capitaux fournis par les promoteurs du projet, en particulier lorsque d'autres sources de capital social telles que des fonds d'investissement ne peuvent être mises à contribution par la société de projet. Elle peut également être utile pour satisfaire aux exigences légales du pays hôte concernant la composition des sociétés établies localement. Le droit des

sociétés de certaines juridictions, ou des législations spéciales régissant les projets d'infrastructure, exigent un certain niveau de participation d'investisseurs locaux dans les sociétés établies localement. Cependant, il peut parfois ne pas être possible d'assurer le niveau requis de participation locale à des conditions acceptables. Les investisseurs locaux peuvent ne pas être intéressés ou ne pas disposer des ressources financières nécessaires pour investir dans de grands projets d'infrastructure; ils peuvent également ne pas souhaiter supporter certains risques de projet ou manquer de l'expérience requise à cette fin.

41. La participation des pouvoirs publics peut comporter certains risques que ces derniers souhaiteront peut-être prendre en compte. En particulier, il existe un risque que cette participation soit comprise comme une garantie implicite incitant les parties, voire des tiers, à escompter que les pouvoirs publics appuieront pleinement le projet, voire, éventuellement, le reprendront à leurs frais si la société de projet est défaillante. Lorsqu'une telle garantie implicite n'est pas prévue, des dispositions appropriées devraient être énoncées pour préciser les limites de la participation des pouvoirs publics.

c) Subventions

42. Des subventions tarifaires sont utilisées dans certains pays pour compléter les recettes de la société de projet lorsque les recettes réelles du projet sont inférieures à un certain niveau minimum. L'offre de services dans certaines régions où la société de projet est tenue d'opérer peut ne pas être rentable du fait de la faible demande ou du montant élevé des coûts d'exploitation, ou parce que la société de projet est tenue d'offrir le service à une certaine partie de la population à faible prix. Aussi, la législation de certains pays autorise-t-elle les pouvoirs publics à subventionner la société de projet afin qu'elle puisse offrir les services à un prix réduit.

43. Les subventions prennent généralement la forme de versements directs à la société de projet, qui sont soit forfaitaires, soit calculés spécifiquement pour compléter ses recettes. Dans ce dernier cas, les pouvoirs publics devraient veiller à mettre sur pied des mécanismes adéquats permettant de vérifier l'exactitude des subventions versées en incluant, par exemple, des dispositions en matière d'audit et de transparence financière dans l'accord de projet. Une autre forme de subvention peut consister à autoriser la société de projet à subventionner des activités peu rentables à l'aide des recettes dégagées par d'autres qui le sont plus. Cela peut se faire en associant dans la même concession des activités ou des secteurs d'exploitation rentables et moins rentables, ou en confiant à la société de projet l'exploitation commerciale d'une activité accessoire distincte et plus rentable (voir par. 48 à 60).

44. Cependant, il importe que l'organe législatif examine les incidences concrètes et les obstacles juridiques éventuels à l'octroi de subventions à la société de projet. Par exemple, les subventions se révèlent fausser la libre concurrence, et le droit de la concurrence de nombreux pays interdit d'accorder des subventions ou d'autres formes d'aide financière directe qui ne sont pas expressément autorisées par la législation. L'octroi de subventions peut aussi être incompatible avec les obligations internationales

du pays hôte en vertu d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges.

d) *Garanties souveraines*

45. S'agissant de projets d'infrastructure à financement privé, l'expression "garanties souveraines" est parfois utilisée pour désigner l'un ou l'autre type de garanties accordées par les autorités du pays hôte. Le premier type comprend les garanties émises par les autorités du pays hôte pour couvrir le non-respect d'obligations assumées par l'autorité contractante au titre de l'accord de projet. Une seconde catégorie comprend des garanties selon lesquelles la société de projet ne sera pas empêchée par les pouvoirs publics d'exercer certains droits qui lui sont accordés en vertu de l'accord de projet, ou qui découlent des lois du pays comme, par exemple, le droit de rapatrier des bénéficiaires à l'achèvement du projet. Quelque forme que revêtent ces garanties, il importe que les pouvoirs publics et l'organe législatif examinent l'aptitude des pouvoirs publics à estimer et à gérer efficacement leur propre exposition aux risques de projet et à déterminer le niveau acceptable de responsabilités directes ou éventuelles qu'ils peuvent assumer.

i) *Garanties de bonne exécution par l'autorité contractante*

46. Des garanties de bonne exécution peuvent être utilisées lorsque l'autorité contractante est une personne morale distincte ou autonome qui n'engage pas la responsabilité des pouvoirs publics à proprement parler. Ces garanties peuvent être émises au nom des pouvoirs publics ou d'une institution financière publique du pays hôte. Elles peuvent également prendre la forme d'une garantie émise par des institutions financières internationales qui sont couvertes par une contre-garantie des pouvoirs publics (voir par. 61 à 71). Les garanties données par les pouvoirs publics peuvent se révéler utiles pour protéger la société de projet des conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante ou de toute autre autorité publique assumant des obligations spécifiques au titre de l'accord de projet. Les situations les plus fréquentes dans lesquelles ces garanties sont utilisées sont notamment les suivantes:

a) *Garanties d'enlèvement.* En vertu de ces arrangements, les pouvoirs publics garantissent le paiement de biens et de services fournis par la société de projet à des entités publiques. Des garanties de paiement sont souvent utilisées en rapport avec des obligations de paiement contractées au titre d'accords d'enlèvement conclus dans le secteur de la production d'électricité (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 50). Ces garanties peuvent revêtir une importance particulière lorsque le client principal ou unique de la société de projet est un monopole d'État. Une sécurité supplémentaire est offerte à la société de projet et aux prêteurs lorsque la garantie est souscrite par une institution financière internationale;

b) *Garanties de fourniture.* Des garanties de fourniture peuvent également être offertes pour protéger la société de projet contre les conséquences d'une incapacité dans laquelle pourraient se trouver des entités publiques de fournir des biens et du matériel nécessaires à l'exploitation de

l'infrastructure – combustible, électricité ou eau, par exemple – ou pour assurer le versement d'indemnités que l'entité contractante peut être tenue de régler en vertu de l'accord de fourniture;

c) *Garanties générales.* Il s'agit de garanties destinées à protéger la société de projet contre toute forme de défaillance de l'autorité contractante, plutôt que contre un manquement à des obligations spécifiées. Bien que les garanties générales ne soient pas très fréquentes, il existe des cas dans lesquels la société de projet et les prêteurs peuvent les considérer comme une condition nécessaire à l'exécution du projet. Cela peut être le cas lorsque les obligations endossées par l'autorité contractante ne sont pas proportionnelles à sa solvabilité (en cas d'importantes concessions attribuées à des municipalités ou à des entités autonomes, par exemple). Des garanties des pouvoirs publics peuvent être utiles pour obtenir un résultat précis, par exemple lorsque les autorités du pays hôte s'engagent à se substituer à l'entité contractante pour la réalisation de certaines activités (livraison d'un site approprié pour l'élimination de produits dérivés).

47. En règle générale, il importe de ne pas surestimer l'aptitude des garanties souveraines à protéger à elles seules la société de projet contre les conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante. Sauf lorsqu'elles ont pour objet d'obtenir un résultat précis, ces garanties exercent souvent une fonction compensatoire. Ainsi, elles peuvent ne pas remplacer des recours contractuels appropriés en cas de défaillance de l'autorité contractante (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 140 à 150). Différents types de recours contractuels ou de combinaisons de tels recours peuvent être utilisés pour faire face à divers cas de défaillance: des dommages-intérêts d'un montant spécifié en cas de défaillance et des augmentations tarifaires ou des prorogations de contrat en cas de retard supplémentaire dans l'exécution du projet imputable à des actes de l'autorité contractante. En outre, pour limiter l'exposition des pouvoirs publics et réduire le risque de mise en jeu de la garantie, il est souhaitable de prévoir des mesures incitant l'autorité contractante à respecter ses obligations contractuelles ou à s'attaquer aux causes de la défaillance. Ces mesures peuvent comprendre le droit exprès du garant de se substituer à l'autorité contractante ou des mécanismes de contrôle interne mettant en jeu la responsabilité de l'autorité contractante ou de ses agents en cas, par exemple, de manquement délibéré ou imprudent à ses obligations contractuelles entraînant un appel de la garantie souveraine.

ii) *Garanties contre des actes préjudiciables des pouvoirs publics*

48. À la différence des garanties de bonne exécution, qui protègent la société de projet contre les conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante, les garanties examinées ici ont trait aux actes d'autres autorités du pays hôte qui nuisent aux droits de la société de projet ou compromettent gravement la mise en œuvre de l'accord de projet. Ces garanties sont souvent appelées "garanties contre les risques politiques".

49. Un type de garantie prévu dans les législations nationales consiste en des garanties de change, qui remplissent généralement trois fonctions: garantir la convertibilité des bénéfices réalisés localement en devises

étrangères; garantir la disponibilité des devises étrangères nécessaires et garantir la transférabilité à l'étranger des sommes converties. Les garanties de change sont fréquentes dans les projets d'infrastructure à financement privé faisant appel à d'importants emprunts libellés en devises autres que la monnaie locale, notamment dans les pays n'ayant pas de monnaie librement convertible. Certaines législations prévoient également qu'une telle garantie peut être adossée à une garantie bancaire émise en faveur de la société de projet. Une garantie de change n'a généralement pas pour vocation de protéger la société de projet et les prêteurs contre les risques liés à la fluctuation des changes ou aux dévaluations induites par le marché, qui sont considérés comme des risques commerciaux ordinaires. Dans la pratique, toutefois, les pouvoirs publics acceptent parfois d'aider la société de projet lorsque celle-ci n'est pas en mesure de rembourser ses dettes en devises en raison d'une dévaluation extrême de la monnaie locale.

50. Un autre type important de garantie peut consister à assurer à la société et à ses actionnaires qu'ils ne seront pas expropriés sans compensation adéquate. Une telle garantie couvre généralement à la fois la confiscation de biens détenus par la société de projet dans le pays hôte et la nationalisation de la société proprement dite, c'est-à-dire la confiscation d'actions. Ce type de garantie est généralement prévu dans les lois traitant des investissements étrangers directs et dans les traités bilatéraux de protection des investissements (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 4 à 6).

e) Avantages fiscaux et douaniers

51. Une autre méthode utilisable par les autorités du pays hôte pour appuyer l'exécution de projets à financement privé est de consentir des exemptions, des réductions ou d'autres avantages fiscaux et douaniers. Le droit interne relatif aux investissements étrangers directs prévoit des régimes fiscaux spéciaux visant à encourager les investissements étrangers et, dans certains pays, on a jugé utile d'étendre expressément ce régime fiscal aux sociétés étrangères participant à des projets d'infrastructure à financement privé (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 34 à 39).

52. Généralement, les exemptions ou avantages fiscaux incluent l'exemption d'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices ou d'impôt foncier sur l'infrastructure, ou l'exemption d'impôt sur les intérêts de prêts et d'autres obligations financières contractées par la société de projet. Certaines lois prévoient que toutes les transactions liées à un projet d'infrastructure à financement privé seront exemptées de droit de timbre ou de droits analogues. Dans certains cas, la loi établit un traitement fiscal préférentiel ou prévoit que la société de projet bénéficiera du traitement fiscal favorable accordé généralement aux investissements étrangers. Parfois, l'avantage fiscal prend la forme d'un taux d'imposition des revenus plus favorable associé à un niveau dégressif d'exemption pendant les premières années du projet. Ces exemptions et avantages sont parfois étendus aux entrepreneurs engagés par la société de projet, en particulier les entrepreneurs étrangers.

53. Comme autres mesures fiscales parfois utilisées pour promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé, on peut citer les exemptions de

retenues fiscales consenties aux prêteurs étrangers qui accordent des prêts au projet. Dans de nombreux systèmes juridiques, tout intérêt ou commission se rapportant à un prêt ou à une dette qui est contracté(e) directement ou indirectement par des sociétés établies localement ou est déductible des bénéfices réalisés localement est considéré comme une recette locale aux fins de la taxation. Ainsi, les institutions tant locales qu'étrangères qui prêtent aux projets d'infrastructure peuvent être astreintes à acquitter un impôt sur le revenu dans le pays hôte, que la société de projet peut être tenue de retenir sur les versements aux prêteurs étrangers, en leur qualité de non-résidents dans le pays hôte. L'impôt sur le revenu acquittable par les prêteurs dans le pays hôte est généralement pris en compte dans les négociations entre la société de projet et les prêteurs et peut rehausser le coût financier du projet. Dans certains pays, les organes compétents sont autorisés à consentir des exemptions de retenues fiscales pour les versements à des non-résidents qui se révèlent avoir pour but de promouvoir et de favoriser le développement économique ou technologique du pays hôte ou sont réputés servir l'intérêt général.

54. Outre les avantages et exemptions d'ordre fiscal, les lois nationales facilitent parfois l'importation d'équipements destinés à la société de projet au moyen d'une exemption de droits de douane. Cette exemption s'applique généralement au paiement de droits d'importation sur les équipements, les machines, les accessoires, les matières premières et le matériel importé dans le pays pour réaliser des études préliminaires et concevoir, construire et exploiter des projets d'infrastructure. Lorsque la société de projet souhaite transférer ou vendre les équipements importés sur le marché intérieur, l'approbation de l'autorité contractante doit généralement être obtenue et les droits d'importation, impôts sur le chiffre d'affaires et autres taxes doivent être acquittés conformément aux lois du pays. Parfois, la loi autorise les pouvoirs publics soit à accorder une exemption de droits de douane, soit à garantir que le niveau d'imposition ne sera pas augmenté au détriment du projet.

f) Protection contre la concurrence

55. Une autre forme d'appui des pouvoirs publics peut consister à offrir l'assurance qu'aucun projet d'infrastructure concurrent ne sera construit pendant une certaine période ou qu'aucun organisme public n'entrera en concurrence avec la société de projet, directement ou par l'intermédiaire d'un autre concessionnaire. Les assurances de ce type servent à garantir que les droits d'exclusivité qui peuvent être accordés au concessionnaire (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 20 à 22) ne seront pas abolis pendant la durée du projet. La protection contre la concurrence peut être considérée par la société de projet et les prêteurs comme une condition essentielle pour participer à la construction d'infrastructures dans le pays hôte. Certaines lois nationales contiennent des dispositions en vertu desquelles les pouvoirs publics s'engagent à ne pas faciliter ou appuyer l'exécution d'un projet parallèle qui pourrait faire concurrence à la société de projet. Dans certains cas, la loi contient un engagement des pouvoirs publics qu'ils ne modifieront pas les conditions de cette exclusivité au détriment de la société de projet sans le consentement de cette dernière.

56. Les dispositions de ce type peuvent avoir pour objet de convaincre les promoteurs du projet et les prêteurs que les conditions de base auxquelles le projet a été consenti seront respectées. Cependant, elles peuvent être incompatibles avec les obligations internationales du pays hôte en vertu d'accords d'intégration économique régionale et de libéralisation des échanges. En outre, elles peuvent limiter l'aptitude des pouvoirs publics à répondre à une augmentation de la demande concernant ledit service comme peut l'exiger l'intérêt général ou à garantir l'accès aux services à différentes catégories d'usager. Il importe donc d'examiner soigneusement les intérêts des différentes parties concernées. Par exemple, le niveau de tarification requis pour permettre une exploitation rentable d'une route à péage peut dépasser la capacité de paiement des couches à faible revenu de la population. Ainsi, l'autorité contractante peut avoir intérêt à maintenir ouverte au public une route gratuite parallèlement à une nouvelle route à péage. Dans le même temps, cependant, si l'autorité contractante décide d'améliorer ou de développer l'autre route, le flux de circulation risque d'être détourné de la route à péage construite par la société de projet, compromettant ainsi ses rentrées de recettes. De même, les pouvoirs publics souhaiteront peut-être introduire une libre concurrence pour l'offre de services téléphoniques à longue distance afin de développer l'offre et de réduire le coût des services de télécommunication (pour un bref aperçu des questions relatives à la concurrence, voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 24 à 29). Une telle mesure peut cependant avoir pour conséquence une érosion importante des recettes prévues par la société de projet.

57. En règle générale, il peut être utile d'autoriser les pouvoirs publics à donner, s'il y a lieu, l'assurance que les droits exclusifs de la société de projet ne seront pas indûment affectés par un changement subséquent de la politique gouvernementale sans une compensation appropriée. Cependant, il peut ne pas être souhaitable d'adopter des dispositions législatives excluant toute possibilité de changement subséquent de la politique gouvernementale dans le secteur concerné, y compris une décision de favoriser la concurrence ou de construire une infrastructure parallèle. Les éventuelles conséquences d'un tel changement pour la société de projet devraient être envisagées par les parties dans les clauses contractuelles traitant des changements de situation (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 121 à 130). Il est particulièrement souhaitable d'accorder à l'autorité contractante le pouvoir nécessaire de négocier avec la société de projet la compensation qui pourra être due pour tout dommage ou perte qui pourrait résulter d'une infrastructure concurrente lancée subséquentement par l'autorité contractante ou de toute mesure équivalente prise par les pouvoirs publics qui porterait atteinte aux droits exclusifs de la société de projet.

g) Sources de recettes accessoires

58. Une autre forme d'appui à l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé peut consister à autoriser la société de projet à diversifier son investissement au moyen d'autres concessions pour l'offre de services accessoires ou l'exploitation d'autres activités. Dans certains cas, d'autres

sources de recettes peuvent également être utilisées comme une subvention permettant à la société de projet d'appliquer au service principal une politique de tarifs réduits ou contrôlés. À condition d'être suffisamment rentables, les activités accessoires peuvent renforcer la viabilité financière d'un projet: le droit de percevoir des péages sur un pont existant, par exemple, peut inciter à exécuter un nouveau projet de pont à péage. Cependant, il ne faudrait pas surestimer l'importance relative des sources de recettes accessoires.

59. Pour permettre à la société de projet de mener des activités accessoires, il peut être nécessaire que l'organe législatif autorise les pouvoirs publics à accorder à la société de projet le droit d'utiliser des biens appartenant à l'autorité contractante aux fins de ces activités (terrain adjacent à une autoroute pour la construction de zones de services, par exemple) ou le droit de percevoir des droits pour l'utilisation d'une infrastructure construite par l'autorité contractante. Lorsqu'il est jugé nécessaire de contrôler la mise en œuvre et, éventuellement, le développement de ces activités accessoires, l'approbation de l'autorité contractante peut être requise avant que la société de projet n'entreprenne d'importantes extensions des installations utilisées pour les activités accessoires.

60. Dans certains systèmes juridiques, certains types de source de recettes accessoires autorisés par les pouvoirs publics peuvent être considérés comme une concession distincte de la concession principale, et il est donc souhaitable d'étudier les limites éventuellement imposées à la liberté qu'aura la société de projet de conclure des contrats d'exploitation d'installations accessoires (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 100 et 101).

D. Garanties accordées par des institutions financières internationales

61. Aux garanties émises directement par les autorités du pays hôte peuvent s'ajouter des garanties accordées par des institutions financières internationales telles que la Banque mondiale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et les banques de développement régionales. Elles prémunissent généralement la société de projet contre certains risques politiques mais peuvent aussi, dans certains cas, la prémunir contre un non-respect de l'accord de projet, par exemple lorsqu'elle n'honore pas ses engagements au titre des emprunts contractés suite à l'inexécution d'une obligation par l'autorité contractante.

1. Garanties accordées par des institutions de prêt multilatérales

62. Outre les prêts qu'elles consentent aux États et aux autorités publiques, les institutions de prêt multilatérales telles que la Banque mondiale et les banques de développement régionales ont également mis au point des programmes visant à accorder des prêts au secteur privé. Parfois, elles accordent également des garanties à des prêteurs commerciaux pour des projets publics et privés. Dans la plupart des cas, les garanties accordées par ces institutions nécessitent une contre-garantie des autorités du pays hôte.

63. Les garanties accordées par les institutions de prêt multilatérales ont pour objet d'atténuer les risques liés à un éventuel manquement à des obligations contractées par des États ou liés à des prêts à long terme que des prêteurs privés ne sont pas disposés à endosser et pas capables d'évaluer. Par exemple, les garanties offertes par la Banque mondiale peuvent couvrir certains risques (garanties de risque partielles) ou tous les risques de crédit pendant une certaine partie de la période de financement (garanties de crédit partielles), comme résumé ci-après. La plupart des banques de développement régionales accordent des garanties à des conditions analogues à celles de la Banque mondiale.

a) Garanties de risque partielles

64. Les garanties de risque partielles couvrent certains risques découlant de l'inexécution d'obligations contractuelles par un État ou liés à certains événements politiques de force majeure. Ces garanties assurent le paiement en cas de non-acquittement du service de la dette résultant d'un manquement à des obligations contractées par les pouvoirs publics et par leurs organismes. Elles peuvent couvrir différents types de manquement: modification du cadre réglementaire convenu, y compris des formules tarifaires; non-livraison d'intrants tels que le carburant fourni à une compagnie d'électricité privée; non-paiement de produits tels que l'électricité achetée par une entreprise publique à une compagnie d'électricité ou l'eau achetée en gros par une société de distribution publique locale; non-compensation de retards ou d'interruptions du projet dus à l'action des pouvoirs publics ou à des événements politiques; retards de procédure; modifications préjudiciables de la législation ou de la réglementation relatives au contrôle des changes.

65. Lorsque des institutions de prêt multilatérales participent au financement d'un projet, elles peuvent apporter un appui en renonçant au recours dont elles disposeraient normalement à l'encontre de la société de projet si la défaillance de cette dernière est due à des événements tels que des risques politiques. Par exemple, une institution de prêt multilatérale recevant une garantie d'achèvement de la part de la société de projet peut accepter de ne pas faire jouer cette garantie si la raison du non-achèvement a été un risque politique.

b) Garanties de crédit partielles

66. Des garanties de crédit partielles sont accordées à des emprunteurs privés munis de contre-garanties des pouvoirs publics. Elles ont pour objet de garantir la partie du financement due après la durée normale de prêts accordés par des prêteurs privés. Ces garanties sont généralement utilisées pour des projets faisant appel à une participation du secteur privé et nécessitant des fonds à long terme pour être financièrement viables. Une garantie de crédit partielle prolonge généralement l'échéance des prêts et couvre tout défaut de paiement pour une partie spécifiée du service de la dette.

2. *Garanties accordées par l'Agence multilatérale de garantie des investissements*

67. L'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) assure contre les risques politiques à long terme les nouveaux investissements originaires de tout pays membre et destinés à tout pays membre en développement autre que le pays d'où provient l'investissement. Les nouveaux investissements liés à l'extension, à la modernisation ou à la restructuration financière de projets existants peuvent également bénéficier de cette assurance, de même que les acquisitions nécessitant la privatisation d'entreprises d'État. Les formes d'investissement étranger pouvant bénéficier de cette assurance sont notamment les prises de participation, les avances d'actionnaires et les garanties de prêts émises par des actionnaires, à condition que les prêts et les garanties de prêts portent sur au moins trois ans. Les prêts consentis à des emprunteurs indépendants peuvent également être assurés aussi longtemps que l'investissement d'un actionnaire du projet est assuré parallèlement. Parmi les autres formes d'investissement pouvant bénéficier de cette assurance, on peut citer l'assistance technique, les contrats de gestion ainsi que les accords de franchise et de licence à condition qu'ils portent sur au moins trois ans et que la rémunération de l'investisseur soit liée aux résultats d'exploitation du projet. L'Agence assure contre les risques suivants: restriction des transferts de devises étrangères, expropriation, rupture de contrat, guerres et troubles civils.

a) Restriction des transferts

68. Les garanties concernant le transfert de devises étrangères accordées par l'Agence sont analogues aux garanties de change pouvant être accordées par les autorités du pays hôte (voir par. 49). Ces garanties protègent contre les pertes découlant de l'incapacité d'un investisseur à convertir une monnaie locale (capital, intérêt, principal, bénéfices, redevances et autres versements) en devise étrangère en vue de son transfert hors du pays hôte. La garantie assure contre les délais excessifs d'acquisition de devises étrangères causés par l'action ou l'inaction des autorités du pays hôte, par des modifications préjudiciables de la législation ou de la réglementation relative au contrôle des changes et par la détérioration des conditions régissant la conversion et le transfert de la monnaie locale. La dévaluation de la monnaie n'est pas assurée. Dès que l'Agence reçoit d'un investisseur la monnaie locale bloquée, elle verse une compensation dans la devise stipulée dans le contrat de garantie.

b) Expropriation

69. Cette garantie prémunit contre la perte de l'investissement assuré du fait d'actes du pays hôte susceptibles de limiter ou de supprimer la propriété et le contrôle dudit investissement ainsi que les droits exercés sur celui-ci. Outre la nationalisation et la confiscation pures et simples, l'expropriation "larvée" – série d'actes qui, à terme, ont un effet d'expropriation – est également couverte. La garantie est accordée de façon limitée en cas d'expropriation partielle (confiscation de fonds ou de biens corporels, par exemple). Les

mesures de bonne foi non discriminatoires prises par les autorités du pays hôte dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire légitime ne sont pas couvertes. En cas d'expropriation totale de participations, l'Agence rembourse l'investissement assuré à hauteur de sa valeur comptable nette. En cas d'expropriation de fonds, l'Agence rembourse la partie assurée des fonds bloqués. Dans le cas de prêts et de garanties de prêts, l'Agence assure l'encours du principal et tout intérêt échu et non versé. Des compensations sont versées à l'investisseur lorsque celui-ci cède à l'Agence son intérêt dans l'investissement exproprié (actions ou intérêt dans un accord de prêt, par exemple).

c) Rupture de contrat

70. Cette garantie protège contre les pertes causées par la rupture ou la dénonciation, par les autorités du pays hôte, d'un contrat passé avec l'investisseur. En cas de rupture présumée ou de dénonciation, l'investisseur doit pouvoir avoir recours, aux termes du contrat de base, à un mécanisme de règlement des différends (arbitrage, par exemple) et obtenir des dommages-intérêts. Si, après un délai spécifié, l'investisseur n'a reçu aucun versement ou si le mécanisme de règlement des différends ne peut pas jouer à cause de mesures prises par les autorités du pays hôte, l'Agence multilatérale de garantie des investissements le dédommage.

d) Guerre et troubles civils

71. Cette garantie prémunit contre les pertes dues à des dommages causés à des biens corporels ou à la destruction ou disparition de ces biens par suite de faits de guerre ou de troubles civils motivés par des raisons politiques dans le pays hôte, qu'il s'agisse d'une révolution, d'une insurrection, d'un coup d'état, de sabotage ou de terrorisme. Dans le cas d'une prise de participation, l'Agence verse à l'investisseur l'équivalent de la part des avoirs qu'il détient en se basant sur leur plus petite valeur comptable, du coût de remplacement de ces avoirs et du coût de réparation des biens endommagés. Dans le cas de prêts et de garanties de prêts, elle le dédommage à hauteur de la fraction assurée du principal et des intérêts en défaut de paiement du fait des dommages causés aux biens du projet par la guerre ou les troubles civils. La couverture en cas de guerre ou de troubles civils joue également lorsqu'un événement provoque l'interruption, pendant un an, d'opérations capitales pour la viabilité financière générale du projet. Dans ce cas, la garantie prend effet lorsque l'investissement est jugé entièrement perdu; l'Agence rembourse alors à hauteur de la valeur comptable de la totalité de la prise de participation assurée.

E. Garanties accordées par des organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements

72. La couverture de certains risques politiques, commerciaux et financiers et les prêts directs peuvent être obtenus auprès d'organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements. En règle générale, ces organismes ont été créés, dans un certain nombre de pays, pour faciliter

l'exportation de biens ou de services d'origine locale. Ils interviennent au nom des pouvoirs publics des pays qui fournissent les biens et les services pour le projet. La plupart sont membres de l'Union d'assureurs des crédits et investissements internationaux (Union de Berne), qui vise principalement à promouvoir la coopération internationale et à encourager l'instauration d'un climat favorable aux investissements; à élaborer et à faire respecter les principes d'une saine pratique de l'assurance sur les crédits à l'exportation; et à imposer une certaine discipline s'agissant des termes du crédit dans le commerce international.

73. Si, d'un pays à l'autre, les formes de soutien varient, les organismes de crédit à l'exportation proposent généralement deux types de couverture:

a) *L'assurance sur le crédit à l'exportation.* Dans le contexte du financement des projets d'infrastructure à financement privé, cette assurance vise essentiellement à garantir au vendeur le versement des sommes qui lui sont dues dans le cas où l'acheteur étranger des biens ou services exportés est autorisé à différer son paiement. Elle peut prendre la forme d'un mécanisme d'assurance sur le "crédit fournisseur" ou sur le "crédit acheteur". Dans le premier cas, l'exportateur et l'importateur conviennent de clauses commerciales prévoyant un paiement différé garanti par des effets de commerce (lettres de change ou billets à ordre, par exemple) émis par l'acheteur. Sous réserve de preuve de sa solvabilité, l'exportateur obtient cette assurance auprès d'un organisme de crédit à l'exportation de son pays. Selon la modalité de l'assurance sur le crédit acheteur, l'obligation de paiement de l'acheteur est financée par la banque de l'exportateur, qui, de son côté, contracte une assurance auprès d'un organisme de crédit à l'exportation. Les crédits à l'exportation sont généralement classés en crédits à court terme (remboursables dans un délai habituellement inférieur à deux ans), à moyen terme (de deux à cinq ans le plus souvent) et à long terme (plus de cinq ans). L'appui des pouvoirs publics par l'intermédiaire d'organismes de crédit à l'exportation peut prendre la forme d'une "couverture pure", c'est-à-dire d'une assurance ou de garanties données aux exportateurs ou aux institutions de prêt sans aide au financement, ou la forme d'une "aide au financement", à savoir de crédits directs à l'acheteur étranger, d'un refinancement et de toutes sortes d'aides visant à prémunir contre les fluctuations des taux d'intérêt;

b) *L'assurance-investissements.* Les organismes de crédit à l'exportation peuvent couvrir soit directement l'emprunteur, soit l'exportateur contre certains risques politiques et commerciaux, notamment la guerre, l'insurrection ou la révolution; l'expropriation, la nationalisation ou la réquisition de biens; la non-convertibilité des devises; et la pénurie de devises étrangères. Habituellement, l'assurance-investissements fournie par les organismes de crédit à l'exportation prémunit les investisseurs de la société de projet établie à l'étranger, mais pas la société elle-même, contre les risques couverts. Ce type d'assurance tend à couvrir de très nombreux risques politiques, et les organismes de crédit à l'exportation disposés à les couvrir ont généralement besoin de renseignements précis sur le système juridique du pays hôte.

74. Les conditions dans lesquelles les organismes de crédit à l'exportation de pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) proposent leur appui aux crédits fournisseur comme aux crédits acheteur doivent être conformes à l'Arrangement de l'OCDE relatif à des lignes directrices pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public (également appelé "Consensus de l'OCDE"). Cet Arrangement a pour principal objectif d'offrir un cadre institutionnel satisfaisant qui empêche toute concurrence déloyale par le biais d'un appui des pouvoirs publics au crédit à l'exportation. Afin d'éviter que des subventions faussent le libre jeu des forces du marché, il réglemente les conditions d'octroi des assurances, des garanties ou des prêts directs bénéficiant d'un appui des pouvoirs publics.

III. Sélection du concessionnaire

A. Remarques générales

1. Le présent chapitre porte sur les méthodes et les procédures recommandées pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. Conformément aux conseils d'organisations internationales telles que l'ONUDI¹ et la Banque mondiale², le *Guide* exprime une préférence pour l'emploi de procédures de sélection avec mise en compétition, tout en reconnaissant que des concessions peuvent parfois être attribuées sans recourir à ce type de procédure, conformément à la tradition juridique du pays concerné (voir aussi par. 85 à 88).

2. Les procédures de sélection recommandées dans le présent chapitre ressemblent par certains côtés à la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés")³. Un certain nombre d'adaptations ont été introduites pour tenir compte des besoins particuliers des projets d'infrastructure à financement privé, telle qu'une phase de présélection clairement définie. Chaque fois que cela est nécessaire, le présent chapitre renvoie le lecteur aux dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, qui peut, *mutatis mutandis*, compléter la procédure de sélection exposée dans le *Guide*.

1. Procédures de sélection visées par le Guide

3. L'investissement privé dans les projets d'infrastructure peut revêtir diverses formes qui exigent toutes des méthodes spéciales de sélection du concessionnaire. Aux fins de l'examen des méthodes de sélection possibles pour les projets d'infrastructure visés par le *Guide*, on peut distinguer trois grandes formes d'investissement privé:

a) *Achat d'entreprises de services publics*. Des capitaux privés peuvent être investis dans des ouvrages d'utilité publique par l'achat de biens corporels ou de parts d'entreprises de services publics. De telles transactions se font souvent selon les règles qui régissent l'octroi de contrats pour la cession de biens de l'État. Dans de nombreux pays, la vente de parts d'entreprises de services publics est soumise à autorisation législative

¹Guide de l'ONUDI sur les projets CET, p. 100.

²Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, Washington, 1996, par. 3.13 a).

³La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services et le Guide pour l'incorporation dans le droit interne qui l'accompagne ont été adoptés par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994.

préalable. Les méthodes de cession comportent souvent l'offre de parts sur les marchés boursiers ou des procédures de mise en compétition telles que des ventes aux enchères ou des appels d'offres dans lesquels les biens sont attribués au soumissionnaire le plus offrant;

b) *Prestation de services d'utilité publique sans construction d'infrastructures.* Dans d'autres types de projets, les prestataires de services possèdent et gèrent tout l'équipement nécessaire et sont parfois en concurrence avec d'autres prestataires pour la fourniture du service considéré. Certaines lois nationales prévoient des procédures spéciales en vertu desquelles l'État peut autoriser une entité privée à assurer des services publics au moyen de "licences" exclusives ou non exclusives. Ces licences peuvent être publiquement offertes aux parties intéressées qui répondent aux conditions de qualifications prévues par la loi ou fixées par l'autorité qui délivre les licences. Les procédures d'octroi de licences comportent parfois des ventes aux enchères publiques aux parties intéressées admises à participer;

c) *Construction et exploitation d'infrastructures publiques.* Dans les projets relatifs à la construction et à l'exploitation d'infrastructures publiques, une entité privée est invitée à la fois à exécuter les travaux et à fournir les services au public. Les procédures régissant l'octroi de ces contrats ressemblent à certains égards à celles qui régissent la passation de marchés publics de travaux et de services. Le droit interne prévoit diverses méthodes de passation des marchés publics qui vont de méthodes structurées avec mise en compétition, comme la procédure d'appel d'offres, à des négociations moins structurées avec des fournisseurs potentiels.

4. Le présent chapitre traite essentiellement des procédures de sélection adaptées aux projets d'infrastructure qui comportent l'obligation, de la part de l'entité sélectionnée, de se charger des travaux de construction, de réparation ou d'expansion de l'infrastructure considérée en vue d'une exploitation privée ultérieure (c'est-à-dire celles visées au paragraphe 3 c)). Il ne porte pas spécifiquement sur les autres méthodes de sélection de prestataires de services publics par l'octroi de licences ou des procédures similaires, ou bien la simple cession de biens de l'État par des augmentations de capital ou des émissions d'actions.

2. Objectifs généraux des procédures de sélection

5. Pour l'octroi de contrats relatifs à des projets d'infrastructure, l'autorité contractante peut appliquer des méthodes et des procédures déjà prévues dans la législation du pays hôte ou établir des procédures spécialement adaptées à cette fin. Dans un cas comme dans l'autre, il importe de veiller à ce que ces procédures soient généralement de nature à permettre d'atteindre les principaux objectifs des règles qui régissent l'octroi des contrats publics. Ces objectifs sont brièvement examinés ci-après.

a) Économie et efficacité

6. Dans le cas des projets d'infrastructure, le terme "économie" désigne la sélection d'un concessionnaire capable d'exécuter des travaux et de fournir

des services de la qualité voulue au prix le plus avantageux et faisant la meilleure proposition commerciale. Dans la plupart des cas, la meilleure façon d'atteindre l'objectif d'économie est de recourir à des procédures qui favorisent une mise en compétition des soumissionnaires. Une concurrence les encourage en effet à offrir les conditions les plus avantageuses et peut aussi les amener à adopter pour cela des techniques ou des méthodes de production rationnelles ou novatrices.

7. Il convient de noter, toutefois, que mise en compétition ne signifie pas nécessairement participation d'un grand nombre de soumissionnaires à une procédure de sélection donnée. Pour les grands projets en particulier, l'autorité contractante peut avoir des raisons de garder le nombre des participants dans des limites raisonnables (voir par. 20). À condition que des procédures appropriées existent, l'autorité contractante peut mettre à profit une concurrence effective même lorsque le nombre de participants est limité.

8. La participation d'entreprises étrangères à la procédure de sélection peut souvent favoriser l'économie. Non seulement elle contribue à augmenter le nombre de concurrents, mais elle peut aussi conduire l'autorité contractante et son pays à acquérir des technologies qui ne sont pas disponibles sur place. Elle peut aussi s'avérer indispensable lorsque n'existent pas dans le pays les connaissances spécialisées exigées par l'autorité contractante. Un pays qui souhaite bénéficier des avantages d'une participation étrangère devrait veiller à ce que les lois et procédures applicables soient propices à une telle participation.

9. Le terme "efficacité" désigne la sélection d'un concessionnaire dans un délai raisonnable, moyennant un minimum de formalités administratives et des dépenses modérées aussi bien pour l'autorité contractante que pour les soumissionnaires participant à la procédure. En plus des pertes que des procédures de sélection inefficaces peuvent entraîner directement pour l'autorité contractante (lenteur de la procédure de sélection ou dépenses administratives élevées, par exemple), des procédures excessivement coûteuses et contraignantes risquent d'entraîner une majoration du coût total du projet, voire de dissuader totalement des entreprises compétentes de participer à la procédure de sélection.

*b) Promotion de l'intégrité de la procédure de sélection
et de la confiance dans cette procédure*

10. Un autre objectif important des règles qui régissent la sélection du concessionnaire est de favoriser l'intégrité de la procédure et de promouvoir la confiance dans celle-ci. C'est pourquoi un système de sélection approprié contiendra généralement des dispositions destinées à assurer un traitement équitable des soumissionnaires, à réduire et à décourager les abus, intentionnels ou non, de la part des personnes qui administrent la procédure de sélection ou des entreprises qui y participent, et à garantir la régularité des décisions.

11. En encourageant l'intégrité de la procédure de sélection, on contribue à accroître la confiance qu'inspirent cette procédure et le secteur public en général. Les soumissionnaires hésiteront souvent à dépenser beaucoup de

temps et parfois beaucoup d'argent pour participer à une procédure de sélection s'ils n'ont pas la certitude qu'ils seront traités équitablement et que leurs propositions ou offres ont une chance raisonnable d'être acceptées. Ceux qui participent effectivement à une procédure de sélection dans laquelle ils n'ont pas confiance majoreraient probablement le coût du projet pour couvrir le surcroît de risques et de frais de participation. En veillant à ce que la procédure de sélection se déroule de façon régulière, on pourrait réduire ou éliminer cette tendance et donner aussi à l'autorité contractante la possibilité d'obtenir des conditions plus favorables.

12. Pour se prémunir contre la corruption de la part des agents publics, notamment des agents des autorités contractantes, le pays hôte devrait généralement avoir un système efficace de sanctions. Celles-ci pourraient comprendre des sanctions de caractère pénal qui s'appliqueraient aux actes illicites des agents conduisant la procédure de sélection et des soumissionnaires participants. Il faudrait aussi éviter les conflits d'intérêt, par exemple en exigeant des représentants de l'autorité contractante, de leurs conjoints, parents et associés qu'ils s'abstiennent d'être créanciers ou actionnaires d'une société qui participe à une procédure de sélection ou d'accepter un poste de directeur ou d'employé dans une telle société. En outre, la loi régissant la procédure de sélection devrait faire obligation à l'autorité contractante de rejeter les offres ou propositions soumises par une partie qui donne ou convient de donner, directement ou indirectement, à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'autorité contractante ou de toute autre autorité publique un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'autorité contractante liés à la procédure de sélection. Ces dispositions peuvent être complétées par d'autres mesures telles que l'obligation pour toutes les entreprises invitées à participer à la procédure de sélection de s'engager à ne chercher ni à influencer indûment sur les décisions des fonctionnaires participant à la procédure de sélection ni à fausser la concurrence par une collusion ou d'autres pratiques illicites (ce que l'on appelle l'"accord d'intégrité"). Par ailleurs, dans les pratiques de passation de marchés adoptées par certains pays, les soumissionnaires sont tenus de garantir qu'aucun représentant de l'entité adjudicatrice n'a été ou ne sera autorisé par le soumissionnaire à tirer un avantage direct ou indirect du contrat ou de l'octroi de ce dernier. Une contravention à une telle disposition constitue normalement une contravention à une clause fondamentale du contrat.

13. On peut renforcer encore la confiance des investisseurs par des dispositions appropriées visant à protéger la confidentialité des informations exclusives qu'ils soumettent pendant la procédure de sélection. Il faudrait à ce titre leur garantir que l'autorité contractante traitera les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents; que toutes les discussions ou négociations seront confidentielles; et que les informations commerciales ou autres que les soumissionnaires peuvent inclure dans leurs propositions ne seront pas communiquées à leurs concurrents.

c) Transparence des lois et procédures

14. La transparence des lois et procédures qui régissent la sélection du concessionnaire aidera à atteindre un certain nombre des objectifs d'ensemble déjà mentionnés. Des lois transparentes sont des lois dans lesquelles les règles et procédures que devront appliquer l'autorité contractante et les soumissionnaires sont entièrement divulguées, ne sont pas inutilement complexes et sont présentées de manière systématique et compréhensible. Des procédures transparentes sont des procédures qui permettent aux soumissionnaires de déterminer quelles procédures ont été suivies par l'autorité contractante et sur quelle base elle a pris ses décisions.

15. L'un des principaux moyens d'encourager la transparence et la responsabilité consiste à prévoir des dispositions en vertu desquelles l'autorité contractante est tenue de dresser un procès-verbal de la procédure de sélection (voir par. 120 à 126). Un procès-verbal résumant les principaux éléments de cette procédure facilite l'exercice par les soumissionnaires lésés de leur droit de recours, et contribue par conséquent à garantir que les règles qui la régissent sont, dans la mesure du possible, soumises à une discipline interne et que leur application est automatique. Par ailleurs, en exigeant un procès-verbal approprié, la loi facilite l'action des autorités publiques qui ont une fonction d'audit ou de contrôle et encourage la responsabilisation des autorités contractantes à l'égard du public pour ce qui est de l'attribution des projets d'infrastructure.

16. Un important corollaire des objectifs d'économie, d'efficacité, d'intégrité et de transparence est l'existence de procédures administratives et judiciaires permettant un recours contre les décisions prises par les autorités participant à la procédure de sélection (voir par. 127 à 131).

3. Caractéristiques particulières des procédures de sélection dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé

17. En règle générale, les méthodes qui encouragent la concurrence entre plusieurs soumissionnaires dans le cadre de procédures officielles structurées sont les meilleurs garants du principe d'économie dans l'octroi des contrats publics. Les procédures de sélection avec mise en compétition, telles que l'appel d'offres, sont généralement considérées par les lois nationales comme la règle dans les conditions normales pour la passation des marchés de biens ou de travaux.

18. La formalité ainsi que l'objectivité et la prévisibilité qui caractérisent les procédures de sélection avec mise en compétition créent en général des conditions optimales pour la concurrence, la transparence et l'efficacité. C'est pourquoi le recours à ces procédures pour les projets d'infrastructure à financement privé a été recommandé par l'ONUDI, qui a rédigé un guide pratique détaillé sur la façon de les structurer¹. Les règles pour la passation de marchés dans le cadre des prêts octroyés par la Banque mondiale préconisent également le recours aux procédures de sélection avec mise en compétition et prévoient qu'un concessionnaire sélectionné conformément à des procédures d'appel d'offres jugées acceptables par la Banque mondiale est généralement libre d'adopter ses propres procédures pour l'octroi des

contrats nécessaires pour exécuter le projet. Toutefois, lorsque le concessionnaire n'a pas été lui-même sélectionné au moyen de ces procédures, il ne peut octroyer des contrats de sous-traitance qu'en recourant à des procédures avec mise en compétition acceptables par la Banque mondiale².

19. Il convient de noter toutefois que l'on n'a pas encore mis au point de modèle législatif international portant spécifiquement sur les procédures de sélection avec mise en compétition dans les projets d'infrastructure à financement privé. D'autre part, les dispositions législatives nationales portant sur les procédures d'appel d'offres pour la passation de marchés de biens, de travaux ou de services ne sont peut-être pas entièrement adaptées aux projets d'infrastructure à financement privé. L'expérience internationale en matière d'attribution de projets d'infrastructure à financement privé a d'ailleurs fait apparaître certaines limites des méthodes traditionnelles de sélection avec mise en compétition telles que l'appel d'offres. Compte tenu des problèmes particuliers, brièvement examinés ci-après, que soulèvent les projets d'infrastructure à financement privé, il est souhaitable que l'État envisage d'adapter les procédures pour la sélection du concessionnaire.

a) Soumissionnaires à inviter

20. L'attribution de projets d'infrastructure à financement privé nécessite généralement des procédures complexes, longues et coûteuses, et l'échelle même de la plupart des projets d'infrastructure limite la probabilité d'obtenir des propositions d'un grand nombre de soumissionnaires ayant les qualifications voulues. En fait, les soumissionnaires qui ont les compétences recherchées peuvent hésiter à participer à une procédure de sélection pour des projets coûteux si le nombre de soumissionnaires est trop élevé et s'ils courent le risque de voir leurs propositions mises en concurrence avec des propositions irréalistes ou présentées par des soumissionnaires non qualifiés. Par conséquent, les appels d'offres sans présélection ne sont généralement pas à recommander pour l'attribution de projets d'infrastructure.

b) Définition du cahier des charges du projet

21. Dans la passation traditionnelle de marchés publics de travaux, l'autorité adjudicatrice joue généralement le rôle de maître d'ouvrage ou d'employeur, tandis que l'entrepreneur sélectionné joue celui d'exécuteur des travaux. Les procédures de passation de marchés mettent l'accent sur les intrants que doit fournir l'entrepreneur; autrement dit l'autorité contractante définit clairement ce qui doit être construit, de quelle manière et selon quelles méthodes. Les appels d'offres pour des travaux de construction s'accompagnent donc couramment de spécifications techniques très détaillées sur la nature des travaux et des services demandés. L'autorité contractante est alors chargée de veiller à ce que les spécifications correspondent au type d'infrastructure à construire et à ce que ladite infrastructure puisse être exploitée de manière efficace.

22. Pour de nombreux projets d'infrastructure à financement privé, en revanche, l'autorité contractante peut envisager une répartition différente des

responsabilités entre le secteur public et le secteur privé. Elle peut alors, après avoir établi l'existence d'un besoin particulier en matière d'infrastructure, préférer laisser au secteur privé la responsabilité de proposer la meilleure façon de satisfaire ce besoin, en stipulant cependant certaines exigences (par exemple, exigences réglementaires ou de sécurité, preuves suffisantes que les solutions techniques proposées ont déjà été essayées et satisfont aux normes de sécurité et autres normes internationalement acceptables). La procédure de sélection choisie par l'autorité contractante peut ainsi mettre l'accent davantage sur les résultats attendus du projet (c'est-à-dire les services ou les biens à fournir) que sur les détails techniques des travaux à exécuter ou sur les moyens à mettre en œuvre pour fournir ces services.

c) Critères d'évaluation

23. Pour les projets devant être financés, détenus et exploités par des autorités publiques, les biens, travaux et services sont généralement achetés au moyen des fonds disponibles au titre des crédits budgétaires approuvés. Ayant des sources de financement habituellement sûres, l'entité contractante a pour principal objectif de tirer le meilleur parti possible des fonds qu'elle dépense. Par conséquent, dans ce type de marché le facteur décisif pour choisir entre les offres conformes et techniquement acceptables (c'est-à-dire celles qui ont atteint le seuil fixé pour les aspects qualitatifs et techniques) est souvent le prix global proposé pour les travaux, qui est calculé sur la base du coût de ces travaux et d'autres coûts assumés par l'entrepreneur majorés d'une certaine marge bénéficiaire.

24. Les projets d'infrastructure à financement privé sont en général censés s'autofinancer, les recettes qu'ils procurent devant permettre de rembourser les coûts de construction et d'exploitation. Par conséquent, il convient de prendre en considération, outre les coûts de construction et d'exploitation et la redevance d'utilisation, un certain nombre d'autres facteurs. C'est ainsi que l'autorité contractante devra examiner avec soin la faisabilité financière et commerciale du projet, la rationalité des arrangements financiers proposés par les soumissionnaires et la fiabilité des solutions techniques appliquées. Cela vaut même en l'absence de garanties ou de paiements des pouvoirs publics, car les projets inachevés ou les projets dans lesquels les prévisions de dépenses sont largement dépassées ou les frais de maintenance sont plus élevés que prévu ont souvent un effet négatif sur la disponibilité générale des services nécessaires et sur l'opinion publique du pays hôte. En outre, l'autorité contractante aura pour objectif de formuler des critères de qualification et d'évaluation qui donnent l'importance voulue à la nécessité d'assurer la continuité du service public visé et, selon les cas, l'accès universel à ce service. Par ailleurs, étant donné la longue durée des concessions d'infrastructures, l'autorité contractante devra s'assurer de la cohérence et de l'acceptabilité des arrangements proposés pour la phase d'exploitation et évaluera soigneusement les éléments des propositions ayant trait aux services (voir par. 74).

d) Négociations avec les soumissionnaires

25. Les lois et règlements qui régissent la procédure d'appel d'offres interdisent souvent toute négociation entre l'autorité contractante et les entrepreneurs au sujet d'une proposition soumise par ces derniers. Le raisonnement à la base de cette interdiction stricte, qui figure également à l'article 35 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, est que les négociations pourraient aboutir à des "enchères", dans lesquelles une proposition faite par un entrepreneur servirait à faire pression sur un autre entrepreneur pour l'amener à baisser ses prix ou à faire une proposition plus avantageuse à d'autres égards. Par suite de cette interdiction absolue, les entrepreneurs choisis pour fournir des biens ou des services conformément à la procédure traditionnelle de passation des marchés sont normalement tenus de signer un contrat type qui leur est soumis au cours de cette procédure.

26. Il en va autrement dans l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. Du fait de la complexité et de la durée de ces projets, il est peu probable que l'autorité contractante et le soumissionnaire sélectionné puissent s'accorder sur les clauses d'un projet d'accord sans négociation et sans ajustements pour adapter ces clauses aux besoins particuliers du projet. Cela est particulièrement vrai pour les projets qui comprennent la construction de nouvelles infrastructures où les négociations finales sur les arrangements financiers et sur les garanties n'ont lieu qu'après la sélection du concessionnaire. Il est toutefois important de veiller à ce que ces négociations soient menées dans la transparence et ne conduisent pas à remettre en cause les critères de départ (voir par. 83 et 84).

4. Préparatifs pour la procédure de sélection

27. L'attribution de projets d'infrastructure à financement privé est dans la plupart des cas une opération complexe qui doit être soigneusement planifiée et coordonnée entre les services intéressés. En s'assurant que des structures administratives et des effectifs suffisants sont disponibles pour mener à bien la procédure de sélection qu'elle a retenue, l'entité publique contribue de façon décisive à inspirer la confiance dans cette procédure.

a) Désignation des membres du comité d'attribution

28. Une mesure préparatoire importante est la désignation des membres du comité chargé d'évaluer les propositions et de soumettre une recommandation à l'autorité contractante. La désignation de personnes qualifiées et impartiales, non seulement est indispensable pour effectuer une bonne évaluation des propositions, mais peut aussi renforcer la confiance des soumissionnaires dans la procédure de sélection.

29. Une autre mesure préparatoire importante est la désignation des conseillers indépendants qui seront chargés d'aider l'autorité contractante dans la procédure de sélection. L'autorité contractante peut en effet avoir besoin, à ce stade, de s'assurer les services d'experts ou de conseillers indépendants pour l'aider à établir des critères de qualification et d'évaluation appropriés, à définir les indicateurs de résultat, (et, si

nécessaire, le cahier des charges) et à préparer la documentation qui devra être fournie aux soumissionnaires. Des consultants et conseillers peuvent aussi aider à évaluer les propositions et rédiger et négocier l'accord de projet. Ils peuvent enfin apporter des connaissances techniques spécialisées dont l'administration du pays hôte ne dispose pas toujours, comme des conseils en ingénierie (par exemple, sur l'évaluation technique du projet ou des installations et les clauses techniques du contrat); des conseils dans le domaine de l'environnement (par exemple, sur l'évaluation des aspects environnementaux et les spécifications d'exploitation); ou des conseils d'ordre financier (par exemple, sur les projections financières, l'examen des sources de financement, la détermination du ratio d'endettement, ainsi que la rédaction des documents contenant les informations financières).

b) Étude de faisabilité et autres études

30. Ainsi qu'il a déjà été indiqué (voir chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 25), l'une des premières mesures que devraient prendre les pouvoirs publics lorsqu'un projet d'infrastructure est envisagé est d'effectuer une évaluation préliminaire de sa faisabilité, y compris d'aspects économiques et financiers tels que les avantages économiques attendus, le coût estimé et les recettes potentielles de l'exploitation de l'infrastructure. Pour choisir de construire une infrastructure en faisant appel à un financement privé il faut que les études de faisabilité et de viabilité financière du projet aboutissent à des conclusions positives. En outre, l'autorité contractante devrait normalement, dans le cadre des études de faisabilité, évaluer l'impact du projet sur l'environnement. Dans certains pays, il a été jugé utile de prévoir une participation des pouvoirs publics à l'évaluation préliminaire de l'impact du projet sur l'environnement et des diverses options possibles pour le réduire au minimum.

31. Avant d'entamer la procédure qui aboutira à la sélection d'un concessionnaire éventuel, il est souhaitable que l'autorité contractante examine et, au besoin, développe ces études initiales. Dans certains pays, il est conseillé aux autorités contractantes d'élaborer des projets types à des fins de référence (ces projets comportent généralement à la fois une estimation des investissements, des dépenses d'exploitation et de maintenance) avant d'inviter le secteur privé à soumettre des propositions. Ces projets types ont pour objet de démontrer la viabilité de l'exploitation commerciale de l'infrastructure et l'acceptabilité du projet en termes de coût global d'investissement et de coût pour le public. Ils constituent aussi pour l'autorité contractante un instrument utile de comparaison et d'évaluation des propositions. La confiance des soumissionnaires sera renforcée s'ils ont la preuve que l'autorité contractante a examiné avec soin les hypothèses techniques, économiques et financières du projet, tout comme le rôle envisagé du secteur privé.

c) Préparation du dossier

32. La procédure de sélection pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé exige généralement la préparation d'un dossier exhaustif, comprenant un descriptif du projet, la documentation de présélection, la

sollicitation de propositions, les instructions pour l'établissement des propositions et un projet d'accord. La qualité et la clarté du dossier fourni par l'autorité contractante contribuent beaucoup à garantir l'efficacité et la transparence de la procédure de sélection.

33. Une documentation type rédigée en des termes suffisamment précis peut être un élément important qui facilitera les négociations entre les soumissionnaires et les prêteurs et investisseurs potentiels. Elle peut aussi être utile pour traiter de manière cohérente les questions communes à la plupart des projets d'un secteur donné. Toutefois, lorsque l'on utilise des clauses contractuelles types, il faut garder à l'esprit le fait qu'un projet particulier peut soulever des problèmes qui n'avaient pas été envisagés lors de l'élaboration du document type ou qu'il peut appeler des solutions particulières qui pourraient s'écarter des clauses types. Il convient d'examiner soigneusement la nécessité d'arriver à un équilibre approprié entre le degré d'uniformité souhaité pour les accords de projet d'un type particulier et la souplesse que pourrait exiger la recherche de solutions adaptées à chaque projet.

B. Présélection des soumissionnaires

34. Étant donné la complexité des projets d'infrastructure à financement privé, l'autorité contractante peut souhaiter limiter le nombre des soumissionnaires qui seront ultérieurement invités à soumettre des propositions à ceux qui satisfont à certains critères de qualification. Dans la passation traditionnelle de marchés publics, la procédure de présélection peut consister à vérifier certaines conditions de forme telles que des preuves adéquates de la capacité technique ou une expérience antérieure du type de marché visé, de façon que tous les soumissionnaires qui répondent aux critères de présélection soient automatiquement admis à la procédure d'appel d'offres. Pour les projets d'infrastructure à financement privé, la procédure de présélection peut comporter des éléments d'évaluation et de sélection. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque l'autorité contractante classe par ordre de préférence les soumissionnaires présélectionnés (voir par. 48).

1. Invitation à participer à la procédure de présélection

35. Afin de favoriser la transparence et la concurrence, il est souhaitable que l'invitation à participer à la procédure de présélection soit rendue publique de manière à atteindre une audience suffisamment large pour garantir une véritable concurrence. Dans de nombreux pays, la loi précise dans quelle publication, généralement le journal officiel ou toute autre publication officielle, l'invitation à la procédure de présélection doit être diffusée. Pour encourager la participation de sociétés étrangères et favoriser au maximum la concurrence, l'autorité contractante peut exiger que les invitations à participer à la procédure de présélection soient rendues publiques dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal à grand tirage international ou dans une publication spécialisée ou encore une revue technique ou professionnelle également de grande diffusion internationale. Un support possible est *Development*

Business, qui est une publication du Département de l'information du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies.

36. Le dossier de présélection devrait contenir suffisamment de renseignements pour que les soumissionnaires puissent déterminer s'ils seraient en mesure de réaliser les travaux et fournir les services visés dans le projet et, dans l'affirmative, selon quelles modalités ils peuvent participer à la procédure de sélection. L'invitation à la procédure de présélection devrait non seulement identifier l'infrastructure à construire ou à rénover, mais également contenir des informations sur d'autres éléments essentiels du projet, tels que les services à fournir par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple, si le projet sera entièrement financé par les redevances des usagers ou des péages ou si des fonds publics peuvent être dégagés sous forme de paiements directs, de prêts ou de garanties) et, lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses de l'accord de projet qui sera conclu à l'issue de la procédure de sélection.

37. En outre, l'invitation à la procédure de présélection devrait donner des informations générales analogues à celles que contient normalement le dossier de présélection prévu dans les règles générales relatives à la passation des marchés publics⁴.

2. Critères de présélection

38. En règle générale, les soumissionnaires devraient être tenus de fournir la preuve qu'ils possèdent les qualifications professionnelles et techniques, les ressources financières et humaines, l'équipement et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité et l'expérience nécessaires pour mener à bien le projet. D'autres critères pourraient être particulièrement utiles pour les projets d'infrastructure à financement privé, comme la capacité de gérer les aspects financiers du projet et une expérience antérieure de l'exploitation d'une infrastructure publique ou de la fourniture de services sous supervision réglementaire (par exemple, indicateurs de qualité de leurs réalisations passées, dimension et type des projets déjà réalisés par les soumissionnaires); le niveau d'expérience du personnel clef appelé à s'occuper du projet; des moyens organisationnels suffisants (dont le matériel minimum pour les travaux de construction, d'exploitation et de maintenance); la capacité de faire face aux besoins financiers des phases d'ingénierie, de construction et d'exploitation du projet (étayée, par exemple, par la preuve de la capacité des soumissionnaires d'investir suffisamment de fonds propres, ainsi que des preuves suffisantes de leur solidité financière, données par des banques de renom. Les exigences en matière de qualifications devraient porter sur toutes les phases d'un projet d'infrastructure, y compris, au besoin, la gestion du financement, l'ingénierie, la construction, l'exploitation et la maintenance. En outre, les

⁴Par exemple, les instructions pour l'établissement et la soumission des demandes de présélection; toutes pièces ou autres informations exigées des concessionnaires pour prouver leurs qualifications; le mode, le lieu et le délai de soumission des demandes de présélection (voir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, art. 7, par. 3).

soumissionnaires devraient être tenus de démontrer qu'ils satisfont aux autres critères de qualification normalement appliqués dans le cadre de la législation générale sur la passation des marchés du pays hôte⁵.

39. L'une des questions importantes que devra examiner l'autorité contractante concerne la relation entre l'attribution d'un projet donné et la politique suivie par les pouvoirs publics dans le secteur correspondant (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 21 à 46). Lorsqu'il est fait appel à la concurrence, les pouvoirs publics peuvent avoir intérêt à veiller à ce que le marché ou le secteur visé ne soit pas dominé par une seule entreprise (par exemple, la même société ne doit pas exploiter plus d'un certain nombre de compagnies locales de téléphone dans les limites d'un territoire donné). Pour mettre en œuvre une telle politique et éviter une domination du marché par des soumissionnaires auxquels une concession a déjà pu être attribuée dans un secteur donné de l'économie, l'autorité contractante peut souhaiter inclure, dans la documentation de présélection concernant de nouvelles concessions, des dispositions limitant la participation de tels soumissionnaires ou empêchant qu'ils bénéficient d'une autre attribution. À des fins de transparence, il est souhaitable que la loi prévoit que lorsque l'autorité contractante se réserve le droit de rejeter une proposition pour les raisons susmentionnées ou pour des raisons analogues, ce fait soit dûment indiqué dans l'invitation à la procédure de présélection.

40. Les prescriptions en matière de qualification doivent s'appliquer de la même manière à tous les soumissionnaires. Une autorité contractante ne devrait, pour les qualifications des soumissionnaires, appliquer aucun critère, aucune condition ni aucune procédure non énoncés dans le dossier de présélection. Lors de l'examen des qualifications professionnelles et techniques d'un consortium de soumissionnaires, l'autorité contractante devrait prendre en considération les spécialisations des différents membres du consortium et déterminer si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

3. *Questions relatives à la participation de consortiums de soumissionnaires*

41. Étant donné l'envergure de la plupart des projets d'infrastructure, les entreprises intéressées participent généralement à la procédure de sélection

⁵Par exemple, posséder la capacité de contracter; ne pas être en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, ne pas avoir leurs affaires gérées par un tribunal ou par un administrateur judiciaire, ne pas être sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales et ne pas faire l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons susmentionnées; s'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans l'État; ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution du marché durant un certain nombre d'années précédant l'ouverture de la procédure de sélection, ou ne pas avoir été de toute autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation (voir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, art. 6, par. 1 b)).

par le biais de consortiums spécialement créés à cette fin. Par conséquent, les renseignements demandés aux membres d'un consortium devraient concerner à la fois ce dernier dans son ensemble et ses différents participants. Afin de faciliter la liaison avec l'autorité contractante, il peut être utile de spécifier dans le dossier de présélection que chaque consortium doit charger l'un de ses membres de coordonner toutes les communications avec l'autorité contractante. Il est généralement souhaitable que cette dernière exige des membres du consortium qu'ils soumettent une déclaration sous serment dans laquelle ils s'engagent, si le contrat leur est octroyé, à être liés solidairement pour les obligations assumées au nom du consortium en vertu de l'accord de projet. L'autorité contractante peut sinon se réserver le droit de demander ultérieurement que tous les membres du consortium sélectionné créent une personne morale indépendante pour mener à bien le projet (voir aussi chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 12 à 18).

42. Il est également souhaitable que l'autorité contractante examine avec soin la composition des consortiums et des sociétés mères dont ils dépendent. Il peut arriver qu'une société s'associe, directement ou par l'intermédiaire de filiales, à plus d'un consortium pour soumettre des propositions pour un même projet. Cette situation ne devrait pas être autorisée car elle comporte le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents, portant atteinte à la crédibilité de la procédure de sélection. Il est donc recommandé de spécifier dans l'invitation à participer à la procédure de présélection que chacun des membres d'un consortium qualifié ne peut participer, directement ou par le biais de filiales, qu'à une seule soumission. Toute infraction à cette règle devrait entraîner la disqualification du consortium et des différentes sociétés qui en sont membres.

4. Présélection et préférences nationales

43. Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Un tel traitement préférentiel ou spécial revêt parfois la forme d'une exigence effective (pourcentage minimum de participation nationale dans le consortium, par exemple) ou de conditions préalables à la participation à la procédure de sélection (désignation d'un partenaire local à la tête du consortium de soumissionnaires, par exemple).

44. Les préférences nationales peuvent engendrer divers problèmes. Tout d'abord, elles ne sont pas autorisées dans les principes directeurs de certaines institutions financières internationales et peuvent être incompatibles avec des obligations internationales contractées par de nombreux États en vertu d'accords sur l'intégration économique régionale ou la facilitation du commerce. En outre, du point de vue du pays hôte, il est important de comparer les avantages que peuvent présenter les préférences nationales à l'inconvénient d'ôter à l'autorité contractante la possibilité d'obtenir de meilleures options pour répondre aux besoins nationaux d'infrastructure. Il importe également de ne pas permettre que toute concurrence étrangère soit

écartée afin de ne pas perpétuer dans les secteurs visés de l'industrie nationale de faibles niveaux d'économie, d'efficacité et de compétitivité. C'est la raison pour laquelle de nombreux pays qui souhaitent offrir des incitations aux fournisseurs nationaux, tout en mettant à profit la concurrence internationale, n'envisagent pas d'exclure systématiquement toute participation étrangère ou d'avoir recours à des règles de qualification restrictives. Les préférences nationales peuvent prendre la forme de critères spéciaux d'évaluation qui fixent des marges de préférence pour les soumissionnaires nationaux ou les soumissionnaires qui s'engagent à acheter des fournitures, des services et des produits sur le marché local. La formule de la marge de préférence, qui est prévue au paragraphe 4 d) de l'article 34 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, est plus transparente que des critères de qualification ou d'évaluation subjectifs. En outre, cette formule permet à l'autorité contractante de donner la préférence à des soumissionnaires locaux qui peuvent se rapprocher des normes du marché compétitif international, et à le faire sans exclure complètement la concurrence étrangère. Lorsque l'application de préférences nationales est envisagée, il faudrait en faire état à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

5. Contribution aux frais de participation à la procédure de sélection

45. Le prix demandé pour le dossier de présélection ne devrait englober que les frais d'impression de ce dossier et de son envoi aux soumissionnaires. Il ne devrait pas être un moyen supplémentaire de limiter le nombre des soumissionnaires, car une telle pratique, non seulement est inefficace, mais majore en outre le coût déjà considérable de la participation à la procédure de sélection. Le coût élevé de l'élaboration de propositions pour des projets d'infrastructure et le risque relativement important qu'une procédure de sélection n'aboutisse pas à l'octroi d'un contrat peuvent dissuader certaines entreprises de s'associer à un consortium pour soumettre une proposition, en particulier lorsqu'elles connaissent mal les procédures de sélection appliquées dans le pays hôte.

46. C'est pourquoi certains pays autorisent l'autorité contractante à envisager des arrangements pour indemniser les soumissionnaires présélectionnés lorsqu'il ne peut être donné suite au projet pour des raisons indépendantes de leur volonté ou pour participer aux dépenses encourues par eux après la phase de présélection, lorsque la complexité du projet et la perspective d'améliorer sensiblement la qualité de la concurrence le justifient. Lorsqu'une telle participation ou indemnisation est envisagée, il faudrait en aviser dûment les soumissionnaires potentiels sans tarder, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

6. Procédure de présélection

47. L'autorité contractante devrait répondre à toute demande d'éclaircissements relative au dossier de présélection qu'elle reçoit d'un consortium de soumissionnaires dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection, afin de permettre aux soumissionnaires de présenter dans les délais leur demande de présélection.

La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres soumissionnaires devrait être communiquée, sans indication de son origine, à tous les soumissionnaires auxquels l'autorité contractante a envoyé le dossier de présélection.

48. Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). À cette fin, ces pays appliquent un système de notation quantitative pour les critères techniques, financiers et de gestion en tenant compte de la nature du projet. Les critères de présélection quantitatifs sont jugés plus facilement applicables et plus transparents que les critères qualitatifs qui exigent le recours à des points de valeur. Toutefois, lorsque l'on élabore un système de notation quantitative, il est important d'éviter de limiter inutilement la marge de manœuvre dont dispose l'autorité contractante pour évaluer les qualifications des soumissionnaires. Cette dernière peut aussi être appelée à tenir compte du fait que les principes directeurs en matière de passation de marchés de certaines institutions financières multilatérales interdisent le recours à la procédure de présélection visant à déterminer à l'avance le nombre de soumissionnaires. En tout état de cause, l'application d'un tel système de notation doit être clairement indiquée dans le dossier de présélection.

49. Une fois terminée la phase de présélection, l'autorité contractante établit en général une liste des soumissionnaires présélectionnés qui seront ensuite invités à soumettre des propositions. Elle peut parfois se heurter à un problème pratique lorsque des modifications de la composition de consortiums de projet sont proposées au cours de la procédure de sélection. Elle doit faire preuve de prudence lorsqu'une telle proposition intervient après la clôture de la phase de présélection. Des changements dans la composition des consortiums risquent en effet de modifier sensiblement la base sur laquelle elle s'est fondée pour établir sa liste sélective et peuvent susciter des doutes quant à l'intégrité de la procédure de sélection. En règle générale, seuls les soumissionnaires présélectionnés devraient être autorisés à participer à la phase de sélection, sauf si l'autorité contractante peut s'assurer qu'un nouveau membre du consortium satisfait aux critères de sélection essentiellement dans la même mesure que le membre dont il a pris la place.

50. S'il ne convient pas de revoir les critères établis pour la sélection des soumissionnaires lors de la phase d'évaluation, l'autorité contractante peut néanmoins souhaiter se réserver le droit de demander, à tout moment de la procédure de sélection, que les soumissionnaires fassent de nouveau la preuve de leurs qualifications conformément aux mêmes critères que ceux qui avaient été appliqués pour la présélection.

C. Procédures de sollicitation de propositions

51. La présente section examine les procédures utilisées pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés. Elles sont par certains côtés analogues aux procédures de sollicitation de propositions applicables en vertu de la méthode préférée pour la passation de marchés de services

prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, avec quelques adaptations nécessaires pour répondre aux besoins des autorités contractantes qui attribuent des projets d'infrastructure.

1. Phases de la procédure

52. Il est souhaitable, après la présélection des soumissionnaires, que l'autorité contractante revoie son étude de faisabilité initiale ainsi que la définition des prescriptions en matière de résultats et d'exécution et se demande si une révision de ces prescriptions est nécessaire à la lumière des renseignements obtenus pendant la procédure de présélection. À ce stade, elle devrait avoir déjà déterminé si elle recourra à une procédure en une seule étape ou en deux étapes pour solliciter des propositions.

a) Procédure en une étape

53. Le choix entre une procédure en une étape et une procédure en deux étapes pour la sollicitation de propositions dépendra de la nature du contrat, de la précision avec laquelle les spécifications techniques peuvent être définies et de la décision de prendre ou non en considération le produit demandé (ou les indicateurs de résultats) pour la sélection du concessionnaire. Si l'on juge que l'autorité contractante peut et a intérêt à formuler des indicateurs de résultats ou un cahier des charges suffisamment précis ou définitifs, la sélection peut se faire en une seule étape. Dans ce cas, après avoir terminé la présélection, l'autorité contractante passera directement à la sollicitation définitive de propositions (voir par. 59 à 72).

b) Procédure en deux étapes

54. Dans certains cas, cependant, l'autorité contractante peut ne pas être en mesure d'établir un cahier des charges ou des indicateurs de résultats de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre une formulation, une évaluation et une comparaison uniformes des propositions sur la base de ce cahier des charges et de ces indicateurs. Il peut en être ainsi, par exemple, lorsqu'elle n'a pas déterminé le type d'intrants techniques et matériels qui conviendrait pour le projet visé (par exemple, le type de matériaux de construction à utiliser pour un pont). Il peut alors être jugé peu souhaitable, si l'on désire obtenir le meilleur rapport qualité-prix, d'agir sur la base de spécifications ou d'indicateurs élaborés en l'absence d'échanges de vues avec les soumissionnaires quant aux capacités exactes et aux modifications possibles des offres faites. C'est pourquoi l'autorité contractante souhaitera peut-être diviser la procédure de sélection en deux étapes et prévoir une certaine souplesse pour permettre des échanges de vues avec les soumissionnaires.

55. Lorsque la procédure de sélection se divise en deux étapes, les soumissionnaires sont généralement invités, dans la sollicitation initiale de propositions, à présenter des propositions en fonction des résultats d'ensemble recherchés et des autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles proposées. L'appel d'offres permettrait aux soumissionnaires de proposer leurs propres solutions pour répondre aux

besoins particuliers de l'infrastructure conformément aux normes de service définies. Les propositions soumises à ce stade consisteraient normalement dans des solutions fondées sur un schéma théorique ou sur des indicateurs de résultats sans indication d'éléments financiers, tels que le prix ou le niveau de rémunération escompté.

56. Dans la mesure où les clauses des arrangements contractuels sont déjà connues de l'autorité contractante, elles devraient être incluses dans la sollicitation de propositions, éventuellement sous forme de projet d'accord. La connaissance de certaines de ces clauses, telles que la répartition des risques envisagée par l'autorité contractante, est importante pour que les soumissionnaires puissent formuler leurs propositions et voir avec les prêteurs potentiels si le projet est susceptible de bénéficier d'un concours financier. La réaction initiale aux clauses contractuelles, en particulier la répartition des risques envisagée, peut aider l'autorité contractante à évaluer la faisabilité du projet dans sa conception initiale. Toutefois, il est important d'établir une distinction entre la procédure de sollicitation de propositions et la négociation du contrat final, une fois le projet attribué. Cette première étape a pour but de donner à l'autorité contractante la possibilité de formuler ultérieurement ses exigences d'une manière qui permette une concurrence finale sur la base d'un ensemble unique de paramètres. L'invitation à soumettre des propositions initiales ne devrait pas conduire à une négociation sur les clauses du contrat avant son octroi définitif.

57. L'autorité contractante peut ensuite réunir les soumissionnaires afin de tirer au clair certaines questions concernant la sollicitation de propositions et le dossier qui l'accompagne. Elle peut, au cours de cette première étape, procéder à des échanges de vues avec tout soumissionnaire au sujet d'un aspect quelconque de sa proposition. Elle devrait traiter les propositions de manière à éviter que leur contenu soit dévoilé aux soumissionnaires concurrents. Les échanges de vues doivent être confidentiels et l'une des parties à ces échanges ne doit révéler à aucune autre personne des informations techniques, financières ou autres y ayant trait sans le consentement de l'autre partie.

58. À l'issue de ces échanges de vues, l'autorité contractante devrait examiner et, au besoin, réviser les spécifications initiales. Ce faisant, elle devrait être autorisée à supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives du projet initialement indiquées dans la sollicitation de propositions ainsi que tout critère initialement énoncé dans le dossier pour évaluer et comparer les propositions. Tout ajout, suppression ou modification ainsi décidé devrait être communiqué aux soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives. Les soumissionnaires qui ne souhaitent pas présenter une proposition définitive devraient avoir la possibilité de se retirer de la procédure de sélection sans renoncer à toute garantie de soumission qui a pu leur être demandée.

2. Teneur de la sollicitation définitive de propositions

59. Au stade final, l'autorité contractante devrait inviter les soumissionnaires à présenter des propositions définitives sur la base du cahier des charges, des indicateurs de résultats et des clauses contractuelles

révisés. La sollicitation de propositions devrait généralement inclure toutes les informations nécessaires pouvant servir de base aux soumissionnaires pour présenter des propositions qui répondent aux besoins de l'autorité contractante et que celle-ci puisse comparer de manière objective et équitable.

a) *Informations générales à communiquer aux soumissionnaires*

60. Les informations générales à communiquer aux soumissionnaires devraient comprendre, selon les besoins, les éléments qui figurent normalement dans le dossier de sollicitation ou les sollicitations de propositions pour la passation de marchés de biens, de travaux et de services⁶. Il est particulièrement important de communiquer les critères qui seront utilisés par l'autorité contractante pour déterminer la proposition qui sera retenue et l'importance relative de ces critères (voir par. 73 à 77).

i) *Informations sur les études de faisabilité*

61. Il est souhaitable d'inclure dans les informations communiquées aux soumissionnaires des instructions concernant la préparation des études de faisabilité qu'il peut leur être demandé de fournir en même temps que leurs propositions définitives. Ces études couvrent normalement des aspects tels que ceux qui sont indiqués ci-après:

a) *Viabilité commerciale*. En particulier dans les projets assortis d'un financement sans possibilité de recours ou avec possibilité de recours limité, il est indispensable de définir les objectifs du projet ainsi que d'évaluer et de projeter leur réalisation sur la durée de vie opérationnelle proposée du projet, y compris la demande escomptée (prévision de trafic pour une route, par exemple) et la tarification (péages, par exemple);

b) *Conception technique et faisabilité opérationnelle*. Les soumissionnaires devraient être invités à faire la preuve que les technologies qu'ils proposent, y compris le matériel et les procédés, sont adaptées aux conditions nationales, locales et environnementales, que le niveau de performance prévu sera probablement atteint et que les méthodes de construction et le calendrier des travaux sont satisfaisants. Cette étude devrait aussi définir l'organisation, les méthodes et les procédures proposées pour l'exploitation et l'entretien de l'ouvrage achevé;

c) *Viabilité financière*. Les soumissionnaires devraient être invités à indiquer les sources de financement envisagées pour les phases de

⁶Par exemple, instructions pour l'établissement et la soumission des propositions, y compris le mode, le lieu et la date limite de soumission ainsi que la période de validité des propositions et toutes exigences concernant les garanties de soumission; modalités selon lesquelles les soumissionnaires peuvent demander des éclaircissements sur la sollicitation de propositions, et mention indiquant si l'autorité contractante a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de soumissionnaires; lieu, date et heure de l'ouverture des propositions et procédures à suivre pour leur ouverture et leur examen; et manière dont les propositions seront évaluées (voir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, art. 27 et 38).

construction et d'exploitation, y compris les emprunts et les apports de fonds propres. Si, dans la plupart des cas, les accords de prêt et autres modalités de financement ne prennent effet qu'après la signature de l'accord de projet, les soumissionnaires devraient néanmoins être tenus de fournir suffisamment de preuves de l'intention des prêteurs de fournir le financement spécifié. Dans certains pays, les soumissionnaires sont également tenus d'indiquer le taux interne de rendement financier escompté par rapport au coût effectif d'investissement correspondant aux arrangements financiers proposés. Ces renseignements doivent permettre à l'autorité contractante d'estimer si les prix ou redevances envisagés par le concessionnaire sont raisonnables et acceptables et quelles sont les possibilités d'augmentation ultérieure;

d) *Impact sur l'environnement.* Cette étude devrait déterminer les effets négatifs ou néfastes que pourrait avoir le projet sur l'environnement et indiquer les mesures correctives à prendre pour assurer le respect des normes d'environnement applicables. Elle devrait tenir compte, le cas échéant, des normes d'environnement pertinentes des institutions financières internationales ainsi que des autorités nationales, provinciales et locales.

ii) Informations sur les garanties de soumission

62. Il est souhaitable que la sollicitation de propositions indique quelles sont les exigences de l'autorité contractante en ce qui concerne l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et autres caractéristiques principales de toute garantie de soumission demandée aux soumissionnaires pour couvrir les pertes qui pourraient résulter du retrait de certaines propositions ou de l'incapacité du soumissionnaire retenu de conclure un accord de projet. Afin d'assurer un traitement équitable de tous les soumissionnaires, les prescriptions qui font directement ou indirectement référence à leur conduite ne devraient porter que sur les faits ci-après: retrait ou modification de la proposition après la date limite fixée pour la soumission des propositions, ou avant cette date limite si la sollicitation de propositions le prévoit ainsi; non-respect des conditions financières; défaut de signature de l'accord de projet alors que l'autorité contractante l'exige; défaut de présentation d'une garantie de bonne exécution du contrat après l'acceptation de la proposition ou non-respect de toute autre condition antérieure à la signature de l'accord de projet spécifiée dans la sollicitation de propositions. Des mesures devraient être prévues pour assurer que l'exigence d'une garantie de soumission est imposée équitablement et uniquement dans le but recherché⁷.

⁷L'article 32 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés prévoit certaines garanties importantes, à savoir notamment: impossibilité pour l'autorité contractante de réclamer le montant de la garantie de soumission et obligation de retourner, ou de faire retourner, promptement le document de garantie dès que se produit l'un des faits suivants: a) l'expiration de la garantie de soumission; b) l'entrée en vigueur de l'accord de projet et la fourniture d'une garantie de bonne exécution du contrat si la sollicitation de propositions exige une telle garantie; c) la clôture de la procédure de sélection sans l'entrée en vigueur d'un accord de projet; ou d) le retrait de la proposition avant la date limite de soumission des propositions, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans la sollicitation de propositions.

iii) Qualification des soumissionnaires

63. Lorsqu'il n'y a pas eu de présélection des soumissionnaires avant la publication de la sollicitation de propositions ou lorsque l'autorité contractante garde le droit de demander aux soumissionnaires d'apporter de nouveau la preuve de leurs qualifications, la sollicitation de propositions devrait indiquer les informations qu'ils doivent fournir à cette fin (voir par. 38 à 40).

b) Cahier des charges et indicateurs de résultats

64. Le degré de précision du cahier des charges, de même que l'équilibre approprié entre les intrants et le produit, seront influencés par des considérations de principe telles que la nature et le régime de propriété de l'infrastructure et la répartition des responsabilités entre le secteur public et le secteur privé (voir par. 21 et 22). Il est généralement souhaitable que l'autorité contractante tienne compte des besoins à long terme du projet et formule ses spécifications d'une manière qui lui permette d'obtenir des renseignements suffisants pour sélectionner le soumissionnaire qui offre le meilleur rapport qualité/prix. Elle peut juger utile de rédiger le cahier des charges d'une manière qui définisse clairement le produit et les résultats attendus sans être trop directive sur les modalités d'exécution. Le cahier des charges et les indicateurs de résultats comprennent normalement des éléments tels que ceux qui sont énumérés ci-après:

a) *Description du projet et du produit escompté.* Si les services exigent des bâtiments particuliers, tels qu'un terminal de transport ou un aéroport, l'autorité contractante peut souhaiter ne fournir que des indications générales de planification pour la division du site en zones d'utilisation, au lieu de donner des plans qui montrent l'emplacement et les dimensions de chaque bâtiment, comme cela serait normalement le cas dans une passation classique de marchés de travaux. Toutefois, lorsqu'elle estime qu'il est essentiel que les soumissionnaires fournissent des spécifications techniques détaillées, les sollicitations de propositions devraient comprendre au moins les informations suivantes: description des travaux à effectuer et des services à fournir, y compris les spécifications techniques, plans, dessins et modèles; calendrier d'exécution des travaux et de la fourniture des services; et exigences techniques pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage;

b) *Normes minimales applicables pour la conception et les résultats, y compris les normes d'environnement appropriées.* Pour les résultats, les normes sont généralement formulées en termes de quantité et de qualité souhaitées du produit. Les propositions qui s'en écartent devraient être considérées comme non conformes;

c) *Qualité des services.* Dans le cas de projets comportant la fourniture de services publics, les indicateurs de résultat devraient comprendre une description des services à fournir et les normes de qualité à utiliser par l'autorité contractante pour évaluer les propositions. Il faudrait faire référence, selon qu'il convient, aux obligations générales de service public imposées aux prestataires pour assurer l'expansion et la continuité du service de manière à répondre à la demande de la collectivité ou du territoire

desservi, la mise à disposition non discriminatoire des services aux usagers et l'accès non discriminatoire d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques, conformément aux termes et conditions définis dans l'accord de projet (voir chap.IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 82 à 93).

65. Il faudrait donner pour instruction aux soumissionnaires de fournir les informations nécessaires pour que l'autorité contractante puisse évaluer la rationalité technique des propositions, leur faisabilité opérationnelle et leur conformité aux normes de qualité et aux prescriptions techniques, et notamment:

- a) Le projet d'ingénierie préliminaire, avec le calendrier des travaux proposé;
- b) Le coût du projet, y compris les coûts d'exploitation et de maintenance et le plan de financement proposé (apport de fonds propres, emprunts, par exemple);
- c) L'organisation, les méthodes et procédures d'exploitation et de maintenance envisagées;
- d) La description de la qualité des services.

66. Chacun des indicateurs susmentionnés peut exiger la communication de renseignements supplémentaires par les soumissionnaires, en fonction du projet attribué. Ainsi, dans le cas d'une concession de distribution d'électricité dans une région donnée, il peut être nécessaire de communiquer des normes techniques minima telles que: a) les fluctuations de tension (et de fréquence) au niveau des consommateurs; b) la durée des interruptions (exprimée en heures par an); c) la fréquence des interruptions (exprimée en nombre par an); d) les pertes; e) le nombre de jours nécessaires pour raccorder un nouveau client; et f) les normes commerciales pour les relations avec les clients (par exemple, le nombre de jours pour payer les factures, reconnecter les installations ou répondre aux plaintes des clients).

c) Clauses contractuelles

67. Il est souhaitable que le dossier de soumission donne quelque indication de la manière dont l'autorité contractante entend répartir les risques du projet (voir aussi chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", et IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet"). Cela est important pour poser les termes du débat lors des négociations sur certains détails de l'accord de projet (voir par. 83 et 84). Si la répartition des risques est laissée entièrement ouverte, les soumissionnaires peuvent chercher à réduire au minimum ceux qu'ils acceptent, ce qui pourrait aller à l'encontre de l'objectif d'un financement privé du projet. Par ailleurs, la sollicitation de propositions devrait contenir des informations sur les éléments essentiels des arrangements contractuels qu'envisage l'autorité contractante, notamment les suivants:

- a) Durée de la concession ou invitation faite aux soumissionnaires à présenter des propositions pour la durée de la concession;

- b) Formules et indices des prix à utiliser pour les ajustements aux prix;
- c) Appui des pouvoirs publics et aides à l'investissement, le cas échéant;
- d) Cautionnements;
- e) Exigences des organismes réglementaires, le cas échéant;
- f) Règles et réglementations monétaires régissant les envois de fonds en devises étrangères;
- g) Arrangements concernant le partage des recettes, le cas échéant;
- h) Indication, selon qu'il convient, des catégories d'avoirs que le concessionnaire serait tenu de transférer à l'autorité contractante ou de mettre à la disposition du concessionnaire suivant à la fin de la durée du projet;
- i) Lorsqu'un nouveau concessionnaire est sélectionné pour exploiter une infrastructure existante, description des avoirs et des biens qui seront mis à sa disposition;
- j) Variante possible, sources de recettes supplémentaires ou accessoires (par exemple, des concessions pour l'exploitation d'infrastructures existantes), le cas échéant, pouvant être offertes au soumissionnaire retenu.

68. Il faudrait donner pour instruction aux soumissionnaires de fournir à l'autorité contractante les informations nécessaires pour évaluer les éléments financiers et commerciaux des propositions et leur conformité aux clauses contractuelles proposées. Les propositions financières devraient normalement comprendre les éléments suivants:

- a) Pour les projets dans lesquels les recettes du concessionnaire doivent en général provenir essentiellement des péages, redevances ou droits payés par les clients ou les usagers de l'infrastructure, la proposition financière devrait indiquer la structure des prix proposée. Pour les projets dans lesquels le concessionnaire est censé tirer ses revenus essentiellement des paiements effectués par l'autorité contractante ou une autre autorité publique pour amortir ses investissements, la proposition financière devrait indiquer le plan d'amortissement et de remboursement proposé;
- b) La valeur actuelle des prix ou des paiements directs proposée sur la base du taux d'escompte et du taux de change indiqués dans le dossier d'appel d'offres;
- c) S'il est estimé que le projet aura besoin d'un appui financier des pouvoirs publics, l'importance de cet appui, y compris, selon les besoins, toute subvention ou garantie attendue des pouvoirs publics ou de l'autorité contractante;
- d) L'étendue des risques supportés par les soumissionnaires pendant la phase de construction et d'exploitation, y compris les imprévus, l'assurance, l'apport de fonds propres et autres garanties contre ces risques.

69. Afin de limiter et d'établir clairement les points sur lesquels porteront les négociations qui auront lieu après l'évaluation des propositions (voir par. 83 et 84), la sollicitation définitive de propositions devrait indiquer quelles sont les clauses de l'accord de projet qui sont censées être non négociables.

70. L'autorité contractante a intérêt à demander aux soumissionnaires d'inclure dans leurs propositions définitives des preuves montrant que leurs principaux prêteurs sont satisfaits des conditions commerciales et de la répartition des risques proposées, telles qu'exposées dans la sollicitation de propositions. Une telle exigence peut être utile pour résister aux pressions tendant à revenir sur les conditions commerciales au stade des négociations finales. Dans certains pays, les soumissionnaires sont tenus de signer et renvoyer à l'autorité contractante le projet d'accord accompagné de leurs propositions définitives pour confirmer qu'ils acceptent toutes les conditions pour lesquelles ils n'ont pas proposé d'amendement particulier.

3. *Éclaircissements et modifications*

71. Il importe que l'autorité contractante ait le droit de modifier la sollicitation de propositions afin de pouvoir obtenir ce dont elle a besoin. Il est donc souhaitable de lui donner la faculté de modifier la sollicitation de propositions, que ce soit de sa propre initiative ou à la suite d'une demande d'éclaircissements présentée par un soumissionnaire, en publiant un additif à un moment quelconque avant la date limite fixée pour la soumission des propositions. Toutefois, lorsque sont apportées des modifications demandant raisonnablement aux soumissionnaires de consacrer plus de temps à la préparation de leurs propositions, il faudrait repousser en conséquence la date limite de soumission des propositions.

72. En règle générale, l'autorité contractante doit communiquer sans tarder les éclaircissements, de même que les questions qui les ont suscités et les modifications, à tous les soumissionnaires auxquels elle a adressé la sollicitation de propositions. Si elle convoque une réunion des soumissionnaires, elle devrait dresser un procès-verbal de cette réunion dans lequel elle indiquerait les demandes d'éclaircissements présentées à cette occasion au sujet de la sollicitation de propositions, les réponses qu'elle a fournies, et envoyer des copies du procès-verbal aux soumissionnaires.

4. *Critères d'évaluation*

73. Le comité d'attribution devrait noter les éléments techniques et financiers de chaque proposition en appliquant le système de notation annoncé à l'avance pour les critères d'évaluation technique et préciser par écrit les raisons de la note donnée. De manière générale, il importe que l'autorité contractante trouve un équilibre approprié entre les critères d'évaluation relatifs aux investissements matériels (les travaux de construction, par exemple), et ceux qui concernent l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure et la qualité des services que doit fournir le concessionnaire. Elle devrait aussi accorder une importance suffisante à ses

besoins à long terme, en particulier à la nécessité d'assurer la continuité du service au niveau de qualité et de sécurité requis.

a) *Évaluation des aspects techniques des propositions*

74. Les critères d'évaluation technique sont conçus de manière à faciliter l'évaluation de la viabilité technique, opérationnelle, environnementale et financière de la proposition eu égard aux spécifications, aux indicateurs et aux prescriptions énoncés dans le dossier de soumission. Dans la mesure du possible, les critères techniques qu'applique l'autorité contractante devraient être objectifs et quantifiables, de façon que les propositions puissent être évaluées avec objectivité et comparées sur une base commune. Cela réduit les risques de décisions discrétionnaires ou arbitraires. La réglementation qui régit la procédure de sélection pourrait énoncer les modalités de formulation et d'application de ces facteurs. Les propositions techniques pour les projets d'infrastructure à financement privé sont généralement évaluées sur la base des critères ci-après:

a) *Pertinence technique.* Lorsque l'autorité contractante a établi des normes techniques et des spécifications ou normes de résultats, la conception fondamentale du projet devrait être conforme à ces spécifications ou normes. Les soumissionnaires devraient être tenus de démontrer que les méthodes de construction et le calendrier des travaux qu'ils proposent sont pertinents;

b) *Faisabilité opérationnelle.* L'organisation, les méthodes et les procédures proposées pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage achevé doivent être bien définies, être conformes aux normes de résultats prescrites et il convient de démontrer qu'elles sont applicables;

c) *Qualité des services.* Les critères d'évaluation utilisés par l'autorité contractante devraient comprendre une analyse de la manière dont les soumissionnaires entreprennent de maintenir et de développer le service, y compris les garanties offertes pour en assurer la continuité;

d) *Normes environnementales.* La conception proposée et la technologie envisagée pour le projet devraient être conformes aux normes environnementales annoncées dans la sollicitation de propositions. Tous effets négatifs ou néfastes sur l'environnement que pourrait avoir le projet proposé par les soumissionnaires devraient être correctement identifiés et les mesures de correction ou d'atténuation correspondantes devraient être indiquées;

e) *Valorisations.* Autres conditions que l'auteur d'une proposition peut offrir pour rendre cette dernière plus intéressante, telles que le partage des recettes avec l'autorité contractante, ou une réduction des garanties ou de l'appui attendus des pouvoirs publics;

f) *Potentiel de développement économique et social.* En vertu de ce critère, l'autorité contractante peut tenir compte du potentiel de développement économique et social offert par les soumissionnaires, notamment les avantages pour les groupes défavorisés de personnes et d'entreprises, l'investissement intérieur ou une autre activité économique, l'encouragement de l'emploi, l'affectation d'une certaine production à des

fournisseurs nationaux, le transfert de technologie et le développement des compétences gestionnelles, scientifiques et opérationnelles;

g) *Qualification des soumissionnaires*. Lorsqu'elle n'a pas procédé à une présélection avant de publier la sollicitation de propositions, l'autorité contractante ne devrait pas accepter de propositions émanant de soumissionnaires non qualifiés.

b) *Évaluation des aspects financiers et commerciaux des propositions*

75. Outre les critères d'évaluation technique, l'autorité contractante doit définir des critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières. Les critères normalement utilisés pour l'évaluation et la comparaison des propositions financières et commerciales sont, selon les cas, les suivants:

a) *La valeur courante des péages, redevances, prix unitaires et autres charges proposés pendant la période de la concession*. Pour les projets dans lesquels les recettes du concessionnaire doivent provenir essentiellement des péages, redevances ou charges payées par les clients ou les utilisateurs de l'infrastructure, l'évaluation et la comparaison des éléments financiers des propositions définitives sont normalement basées sur la valeur courante de ces péages, redevances, loyers et autres charges proposées pour la durée de la concession conformément aux normes minima prescrites pour la conception et les résultats;

b) *La valeur courante des demandes directes que l'autorité contractante devra effectuer, le cas échéant*. Pour les projets dans lesquels les recettes du concessionnaire doivent provenir essentiellement des paiements effectués par l'autorité contractante pour amortir ses investissements, l'évaluation et la comparaison des éléments financiers des propositions définitives sont normalement basées sur la valeur courante des paiements du plan d'amortissement proposé pour l'ouvrage à construire conformément aux normes, plans et spécifications minima prescrits pour la conception et les résultats;

c) *Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur courante des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance*. Il est souhaitable que l'autorité contractante inclue ces éléments dans les critères d'évaluation de façon à permettre une évaluation de la faisabilité financière des propositions;

d) *L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, des pouvoirs publics*. Les mesures de soutien attendues ou demandées par les soumissionnaires devraient figurer parmi les critères d'évaluation car elles peuvent entraîner pour les pouvoirs publics une importante responsabilité financière immédiate ou éventuelle (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60);

e) *La rationalité des arrangements financiers proposés*. L'autorité contractante devrait évaluer si le plan financier proposé, notamment le ratio

d'endettement, permet de faire face aux dépenses de construction, d'exploitation et de maintenance du projet;

f) *La conformité des propositions aux clauses contractuelles proposées.* Les propositions de changement ou de modification des clauses contractuelles accompagnant la sollicitation de propositions (par exemple, des clauses portant sur la répartition des risques ou l'indemnisation) peuvent avoir des conséquences financières considérables pour l'autorité contractante et devraient être soigneusement examinées.

76. Il est important de comparer les péages, redevances, prix unitaires ou autres charges proposées pour garantir l'objectivité et la transparence du choix fait entre des propositions également conformes. Toutefois, il importe aussi que l'autorité contractante considère avec soin le poids relatif de ce critère dans le processus d'évaluation. La notion de prix n'a généralement pas la même valeur dans l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé que dans la passation de marchés de biens et de services. En effet, la rémunération du concessionnaire est souvent constituée à la fois des redevances acquittées par les usagers, de recettes auxiliaires et de subventions ou de paiements versés directement par l'entité publique octroyant le contrat.

77. Il ressort de ce qui précède que si le prix unitaire du produit attendu demeure un élément important de comparaison des propositions, il peut ne pas être toujours considéré comme le plus important. Ce qui importe particulièrement est l'évaluation générale de la faisabilité financière des propositions car c'est elle qui permet à l'autorité contractante de déterminer la capacité des soumissionnaires de mener à bien le projet et la probabilité d'augmentations ultérieures des prix proposés. Ceci est essentiel pour éviter qu'un projet ne soit attribué à un soumissionnaire qui offre des prix attrayants mais irréalistes dans l'espoir de pouvoir les majorer une fois la concession obtenue.

5. *Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions*

78. Il faudrait exiger que les propositions soient soumises par écrit, signées et placées dans des enveloppes scellées. Une offre reçue par l'autorité contractante après la date limite de soumission ne devrait pas être ouverte et devrait être renvoyée au soumissionnaire qui l'a présentée. Afin de garantir la transparence, les lois nationales prescrivent souvent des procédures formelles pour l'ouverture des propositions, généralement à une date spécifiée dans la sollicitation de propositions et exigent que l'autorité contractante autorise les soumissionnaires, ou leurs représentants, à assister à cette ouverture. Une telle exigence aide à réduire au minimum le risque que les propositions soient modifiées ou faussées d'autres manières et constitue une garantie importante de l'intégrité de la procédure.

79. Étant donné la complexité des projets d'infrastructure à financement privé et la diversité des critères d'évaluation généralement appliqués pour l'attribution du projet, il peut être souhaitable que l'autorité contractante suive un processus d'évaluation en deux temps consistant à prendre en considération les critères non financiers indépendamment des critères

financiers, et éventuellement avant eux, afin d'éviter des situations où un poids excessif serait donné à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers.

80. À cette fin, les soumissionnaires sont tenus, dans certains pays, de formuler et de soumettre leurs propositions techniques et financières dans deux enveloppes distinctes. Ce système est parfois utilisé parce qu'il permet à l'autorité contractante d'évaluer la qualité technique des propositions sans être influencée par leurs volets financiers. Toutefois, la méthode a été critiquée au motif qu'elle allait à l'encontre de l'objectif d'économie dans l'attribution des marchés publics. Un argument avancé, en particulier, est qu'en sélectionnant des propositions d'abord sur la base de leur seule valeur technique, sans prise en considération du prix, une autorité contractante pourrait être tentée, lors de l'ouverture de la première enveloppe, de choisir les propositions offrant des ouvrages techniquement supérieurs et de rejeter celles qui offrent des solutions moins sophistiquées mais qui répondent néanmoins à ses besoins pour un coût globalement inférieur. Des institutions financières internationales comme la Banque mondiale n'acceptent pas le système à deux enveloppes pour les projets qu'elles financent car elles craignent que ce système ne donne une plus grande latitude de manœuvre dans l'évaluation des propositions et rende plus difficile une comparaison objective.

81. Pour éviter le système à deux enveloppes, les autorités contractantes peuvent exiger que les propositions techniques et financières soient regroupées, mais structurer leur évaluation en deux étapes, comme dans la procédure d'évaluation prévue à l'article 42 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Dans un premier temps, l'autorité contractante fixe généralement un seuil pour les aspects qualitatifs et techniques qui doivent figurer dans les propositions techniques en application des critères techniques énoncés dans la sollicitation de propositions, puis elle évalue chacune des propositions techniques en fonction de ces critères, de leur importance relative et de leurs modalités d'application tels qu'indiqués dans la sollicitation de propositions. Elle compare ensuite les propositions financières et commerciales dont la note est égale ou supérieure au seuil fixé. Lorsque les propositions techniques et financières doivent être évaluées de manière consécutive, l'autorité contractante devrait d'abord s'assurer que les propositions techniques sont à première vue conformes à la sollicitation de propositions (c'est-à-dire examiner si elles couvrent tous les points sur lesquels doivent porter les propositions techniques). Les propositions incomplètes, ainsi que celles qui s'écartent des sollicitations de propositions, devraient être rejetées à ce stade. Si l'autorité contractante peut demander aux soumissionnaires des éclaircissements au sujet de leurs propositions, aucune modification quant au fond, y compris des modifications visant à rendre conforme une proposition qui ne l'est pas, ne doit être demandée, proposée ou autorisée à ce stade.

82. Il est important, pour l'autorité contractante, non seulement de décider du système qu'elle utilisera (système à deux enveloppes ou procédure d'évaluation en deux étapes), mais aussi de faire savoir quelle importance relative il convient d'accorder à chacun des critères d'évaluation et comment ils seront appliqués pour l'évaluation des propositions. Pour bien équilibrer

les aspects financiers et techniques des propositions, deux approches sont possibles. On peut considérer, d'une part, que la proposition la plus avantageuse est celle qui obtient la note la plus élevée sur la base des critères d'évaluation aussi bien fondés sur les prix qu'indépendants de ces derniers, ou bien, d'autre part, que le prix proposé pour le produit (prix de l'eau ou de l'électricité, montant des péages, par exemple) sera le facteur décisif pour retenir une proposition parmi celles qui sont conformes. Quoi qu'il en soit, pour encourager la transparence de la procédure de sélection et éviter un usage abusif des critères d'évaluation autres que les prix, il est souhaitable d'exiger que le comité d'attribution indique par écrit les raisons qui ont motivé le choix d'une proposition autre que l'offre du prix unitaire le plus bas pour le produit.

6. *Négociations finales et attribution du projet*

83. L'autorité contractante devrait classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et inviter le soumissionnaire qui a obtenu la meilleure note à une négociation finale de certains éléments de l'accord de projet. Si deux propositions ou plus obtiennent la note la plus élevée ou s'il n'y a qu'une différence minime entre les notes données à deux propositions ou plus, l'autorité contractante devrait inviter à des négociations tous les soumissionnaires ayant obtenu pratiquement la même note. Les négociations finales devraient avoir pour unique objectif de fixer les derniers détails du dossier de transaction et de satisfaire aux demandes raisonnables des prêteurs du soumissionnaire sélectionné. Le risque que les négociations avec le soumissionnaire sélectionné ne donnent lieu à des pressions en vue de modifier le prix ou la répartition des risques qui figuraient initialement dans la proposition, et cela au détriment des pouvoirs publics ou des consommateurs, est l'une des difficultés auxquelles se heurtent les autorités contractantes. Il devrait être interdit de modifier les éléments fondamentaux de la proposition, car cela risque de fausser les hypothèses sur la base desquelles les propositions ont été soumises et notées. Par conséquent, les négociations, à ce stade, ne peuvent pas porter sur les clauses contractuelles qui ont été déclarées non négociables dans la dernière sollicitation de propositions (voir par. 69). Il serait possible de réduire encore le risque de renégociation des clauses commerciales à ce stade tardif en insistant pour que les prêteurs du soumissionnaire sélectionné indiquent qu'ils sont satisfaits de la répartition des risques envisagée dans la proposition à un stade où il y a encore concurrence entre les soumissionnaires (voir par. 70). Les conseillers financiers de l'autorité contractante pourraient contribuer à ce processus en indiquant si les propositions des soumissionnaires sont réalistes et quel est le niveau des engagements financiers approprié à chaque étape. La conclusion des arrangements financiers peut prendre elle-même beaucoup de temps.

84. L'autorité contractante devrait informer les autres soumissionnaires dont les propositions sont conformes qu'ils pourraient être invités à négocier si les négociations avec celui qui a obtenu la meilleure note n'aboutissent pas à un accord de projet. Si elle se rend compte que tel sera le cas, elle devrait informer ce soumissionnaire qu'elle met fin aux négociations avant d'inviter à des négociations le soumissionnaire qui le suit dans la notation jusqu'à ce

qu'elle parvienne à un accord de projet ou rejette toutes les propositions restantes. Pour éviter les risques d'abus et de retards inutiles, l'autorité contractante ne devrait pas rouvrir les négociations avec un soumissionnaire après y avoir mis fin.

D. Attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition

85. Dans la tradition juridique de certains pays, les projets d'infrastructure à financement privé impliquent la délégation, par l'autorité contractante, du droit et de l'obligation de fournir un service public. En ce sens, ils relèvent d'un régime juridique particulier qui diffère par de nombreux aspects du régime généralement applicable à l'attribution de marchés publics de biens, de travaux et de services.

86. Étant donné la nature très particulière des services requis (par exemple, complexité, montant des investissements et délais d'achèvement), les procédures utilisées dans ces pays mettent l'accent sur la liberté de l'autorité contractante de choisir l'exploitant qui répond le mieux à ses besoins, en termes de qualification professionnelle, de surface financière, de capacité à assurer la continuité du service, de traitement équitable des usagers et de qualité de la proposition. Contrairement aux procédures de sélection avec mise en compétition généralement utilisées pour l'attribution d'autres marchés publics, qui peuvent parfois sembler trop rigides, la préférence est donnée à une procédure qui se caractérise par une grande souplesse et une grande liberté d'appréciation pour l'autorité contractante. Toutefois, liberté de négocier ne signifie pas choix arbitraire et les lois de ces pays prévoient des procédures visant à garantir la transparence et l'équité dans la conduite de la procédure de sélection.

87. Dans certains des pays où la procédure d'appel d'offres est normalement la règle pour l'attribution de marchés publics de biens, de travaux et de services, des principes directeurs publiés à l'intention des autorités contractantes recommandent le recours aux négociations chaque fois que possible pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. La raison pour laquelle des négociations sont encouragées dans ces pays est que les pouvoirs publics ne sont pas liés par des prescriptions prédéterminées ou par des spécifications rigides et qu'ils disposent d'une plus grande marge d'action pour tirer partie de propositions de remplacement ou de propositions novatrices susceptibles d'être présentées par les soumissionnaires lors de la procédure de sélection, ainsi que pour modifier et adapter leurs propres exigences au cas où des options plus intéressantes pour répondre à leurs besoins d'infrastructure seraient formulées au cours des négociations.

88. Les négociations sans procédure structurée de mise en compétition offrent généralement une grande souplesse, que certains pays ont jugé avantageuse pour la sélection du concessionnaire. Associées à des mesures appropriées pour assurer la transparence, l'intégrité et l'équité, elles ont donné dans ces pays des résultats satisfaisants. Elles peuvent toutefois présenter un certain nombre d'inconvénients qui les rendent moins

appropriées comme principale méthode de sélection dans un certain nombre de pays. En raison de cette souplesse et de la grande marge d'action dont bénéficie l'autorité contractante, les négociations sans procédure structurée de mise en compétition exigent un personnel hautement qualifié et ayant une expérience suffisante pour la négociation de projets complexes. Elles exigent aussi une équipe de négociateurs bien structurée, des rapports hiérarchiques clairement définis et une très bonne coordination et coopération entre tous les services intéressés. Pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé, elles risquent par conséquent de ne pas constituer une solution viable pour les pays qui n'y font pas traditionnellement appel pour l'attribution des grands marchés publics. Elles présentent par ailleurs l'inconvénient de ne pas garantir le degré de transparence et d'objectivité que permettent les méthodes plus structurées avec mise en compétition. Dans certains pays, on pourrait craindre que la plus grande latitude qu'elles laissent s'accompagne d'un plus grand risque de pratiques abusives ou de pratiques de corruption. Compte tenu de ce qui précède, le pays hôte peut souhaiter prescrire le recours à des procédures de sélection avec mise en compétition comme règle pour l'attribution des projets d'infrastructure à financement privé et réserver l'attribution de concessions sans procédure de ce type uniquement à des cas exceptionnels.

1. Circonstances justificatrices

89. À des fins de transparence et de discipline dans l'attribution des projets, il peut être souhaitable, en règle générale, que la loi détermine les circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'autorité contractante peut être autorisée à sélectionner le concessionnaire sans recourir à une procédure avec mise en compétition. Cela peut être le cas, par exemple:

a) Lorsqu'il est urgent de fournir immédiatement un service donné et qu'il serait donc impossible d'engager une procédure de sélection avec mise en compétition, à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part. Une telle autorisation exceptionnelle peut être nécessaire, par exemple, en cas d'interruption de la fourniture d'un service donné ou lorsque la prestation du concessionnaire retenu est inférieure aux normes acceptables ou si l'accord de projet est annulé par l'autorité contractante, et lorsque le recours à une procédure de sélection avec mise en compétition serait impossible du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service;

b) Lorsqu'il s'agit de projets de courte durée pour lesquels la mise de fonds initiale prévue ne dépasse pas un faible montant spécifié;

c) Pour des raisons de défense ou de sécurité nationale;

d) Lorsqu'il n'existe qu'une seule source capable de fournir le service requis (nécessité de recourir à une technologie brevetée ou à un savoir-faire sans équivalent, par exemple), ce qui comprend, dans certains cas, les propositions spontanées (voir par. 115 à 117);

e) Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée, mais qu'il n'y a eu ni demande de

présélection ni proposition, ou lorsque toutes les propositions ont été rejetées et que, de l'avis de l'autorité contractante, une nouvelle sollicitation de propositions n'aboutirait probablement pas à l'attribution d'un projet. Toutefois, afin de réduire le risque d'abus qu'entraînerait un changement de la méthode de sélection, l'autorité contractante ne devrait être autorisée à attribuer une concession sans recourir à une procédure de sélection avec mise en compétition que lorsque cette possibilité a été expressément prévue dans la sollicitation initiale de propositions.

2. *Mesures visant à améliorer la transparence dans l'attribution de concessions sans procédure de mise en compétition*

90. Les procédures à suivre pour la passation de marchés par voie négociée sans mise en compétition structurée sont, en règle générale, plus souples que les procédures qui s'appliquent aux autres méthodes de passation des marchés. Quelques règles et procédures seulement régissent le processus par lequel les parties négocient et concluent leur contrat. Dans certains pays, les textes donnent toute latitude aux autorités contractantes pour conduire les négociations comme elles l'entendent. Dans d'autres, les textes définissent des règles de procédure pour la négociation qui ont pour objet d'assurer l'équité et l'objectivité et de faire jouer la concurrence en encourageant la participation de soumissionnaires. Les dispositions relatives aux procédures de sélection par voie négociée portent sur un certain nombre de points examinés ci-après, en particulier les critères d'approbation de la décision de l'autorité contractante de sélectionner le concessionnaire par voie négociée, la sélection des partenaires de négociation, les critères de comparaison et d'évaluation des offres et le procès-verbal de la procédure de sélection.

a) Approbation

91. Dans nombre de pays s'applique une condition préalable, à savoir que l'autorité contractante doit obtenir l'approbation d'une autorité supérieure avant de pouvoir procéder à une sélection par voie négociée sans procédure structurée de mise en compétition. En règle générale, la demande d'approbation doit être formulée par écrit et motivée. Les critères d'approbation ont en particulier pour objet de garantir que l'attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition n'est utilisée que dans des circonstances appropriées.

b) Sélection des partenaires de la négociation

92. Pour que la concurrence joue le plus possible dans la procédure d'attribution, il est souhaitable de faire obligation à l'autorité contractante d'ouvrir des négociations avec le plus grand nombre possible de sociétés susceptibles de répondre à ses attentes. Hormis cette disposition de caractère général, on ne trouve pas de dispositions précises dans les lois de certains pays sur le nombre minimum d'entrepreneurs ou de fournisseurs avec lesquels l'autorité contractante doit négocier. Les lois d'autres pays, toutefois, exigent qu'elle négocie, dans toute la mesure du possible, avec un minimum de soumissionnaires (trois, par exemple), ou sollicite de ces

derniers des propositions. Elle est autorisée à négocier avec un nombre inférieur de soumissionnaires dans certaines circonstances, en particulier lorsque le nombre de soumissionnaires candidats est inférieur au nombre minimum.

93. Pour améliorer la transparence, il est aussi souhaitable d'établir des conditions de forme concernant la publicité de la procédure de négociation. Ainsi, l'autorité contractante peut être tenue de faire paraître un avis dans une publication donnée, normalement destinée à cette fin. Une telle exigence vise à porter la procédure de passation d'un marché à l'attention d'un éventail de soumissionnaires plus large que ce qui serait normalement le cas et, partant, de stimuler la concurrence. Étant donné l'échelle de la plupart des projets d'infrastructure, l'avis devrait normalement contenir certaines informations minimum (par exemple, description du projet, exigences en matière de qualifications) et devrait être publié avec un délai suffisant pour permettre aux soumissionnaires de préparer leurs offres. De manière générale, les conditions de formes en matière d'éligibilité applicables aux soumissionnaires dans une procédure de sélection avec mise en compétition devraient aussi s'appliquer à la procédure de négociation.

94. Dans certains pays, les règles de publicité ne jouent pas lorsque l'autorité contractante recourt à la négociation à la suite d'une procédure d'appel d'offres infructueuse (voir par. 89 e)), si tous les soumissionnaires qualifiés sont autorisés à participer aux négociations, ou si aucune offre n'a été reçue.

c) Critères de comparaison et d'évaluation des offres

95. Une autre mesure utile pour améliorer la transparence et l'efficacité des négociations sans procédure structurée de mise en compétition consiste à établir des critères généraux auxquels les propositions doivent satisfaire (objectifs généraux de résultat ou spécifications concernant le produit), ainsi que des critères de comparaison et d'évaluation des offres faites pendant les négociations et de sélection du concessionnaire qui sera retenu (par exemple, la valeur technique d'une offre, les prix, les coûts d'exploitation et de maintenance ainsi que la rentabilité et les perspectives de développement que peut offrir l'accord de projet). En cas de soumission de plusieurs propositions il peut être utile d'introduire dans la négociation un certain degré de concurrence. L'autorité contractante devrait recenser les propositions qui semblent satisfaire à ces critères et organiser des entretiens avec l'auteur de chacune d'entre elles afin de les affiner et de les améliorer jusqu'à ce qu'elles lui conviennent. Le prix de chaque proposition n'entre pas en ligne de compte dans ces entretiens. Une fois les propositions finalisées, l'autorité contractante a peut-être intérêt à rechercher la meilleure offre définitive en se basant sur les propositions clarifiées. Il est recommandé que les soumissionnaires incluent dans leur offre définitive des preuves montrant que la répartition des risques qui y est associée rencontrerait l'agrément de leurs prêteurs éventuels. L'autorité contractante peut ensuite choisir l'offre qu'elle retiendra parmi les meilleures offres définitives reçues. Le projet sera alors attribué à la partie dont la proposition est la "plus économique" ou la "plus

avantageuse”, conformément aux critères de sélection du concessionnaire à retenir énoncés dans l’invitation à négocier.

d) Avis d’attribution de la concession

96. L’autorité contractante devrait être tenue d’établir un procès-verbal de la procédure de sélection (voir par. 120 à 126) et publier un avis d’attribution de la concession qui devrait, sauf lorsque des questions de défense ou de sécurité nationale sont en jeu, indiquer en particulier les circonstances particulières et les raisons de l’attribution de la concession sans procédure de mise en compétition (voir par. 122). Certains pays augmentent encore la transparence en demandant que l’accord de projet soit accessible au public pour consultation.

E. Propositions spontanées

97. Des entreprises privées contactent parfois directement des autorités publiques pour leur soumettre des propositions de projets pour lesquels aucune procédure de sélection n’a été ouverte. Ces propositions sont généralement appelées “propositions spontanées”. Elles peuvent résulter de l’identification par le secteur privé d’un besoin en matière d’infrastructures qui pourrait être satisfait par un projet à financement privé. Il peut également s’agir de propositions novatrices pour la gestion d’une infrastructure offrant la perspective d’un transfert de technologies nouvelles vers le pays hôte.

1. Considérations de politique générale

98. Une des raisons parfois citées pour déroger à la règle de la procédure de sélection avec mise en compétition est la nécessité d’inciter le secteur privé à soumettre des propositions supposant l’application de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins de l’autorité contractante. Étant donné la nature même des procédures de sélection avec mise en compétition, aucun soumissionnaire n’a l’assurance de se voir attribuer le projet, sauf s’il sort vainqueur de la compétition. Le coût d’établissement de propositions pour de grands projets d’infrastructure peut décourager les sociétés qui craignent que leurs propositions ne soient pas à la hauteur de celles soumises par des soumissionnaires concurrents. Par contre, le secteur privé peut voir dans des règles qui permettent à une autorité contractante de négocier de telles propositions directement avec leurs auteurs une incitation à soumettre des propositions spontanées. L’autorité contractante peut, elle aussi, trouver son intérêt dans des négociations directes qui encouragent le secteur privé à formuler des propositions novatrices pour le développement d’infrastructures.

99. D’un autre côté, cependant, l’attribution de projets faisant suite à des propositions spontanées et sans la concurrence d’autres soumissionnaires peut exposer les pouvoirs publics à de graves critiques, en particulier dans le cas de concessions avec exclusivité. En outre, les prêteurs potentiels, y compris les institutions financières multilatérales et bilatérales, peuvent avoir des difficultés à octroyer des crédits ou donner des garanties pour des projets qui n’ont pas fait l’objet d’une procédure de sélection avec mise en

compétition. Ils peuvent en effet craindre une remise en question ou une annulation par de futurs gouvernements (par exemple, parce qu'il peut être ultérieurement estimé que l'attribution du projet a été entachée de favoritisme ou parce que la procédure ne prévoyait pas de paramètres objectifs pour la comparaison des prix, des éléments techniques et de la pertinence générale du projet) ou en raison de contestations juridiques ou politiques d'autres parties intéressées, telles que des clients mécontents de l'augmentation des prix ou des sociétés concurrentes affirmant qu'elles ont été injustement exclues d'une procédure de sélection avec mise en compétition.

100. Compte tenu des considérations ci-dessus, il est important que le pays hôte examine la nécessité et l'opportunité de concevoir des procédures spéciales pour les propositions spontanées, qui diffèrent des procédures généralement suivies pour l'attribution de projets d'infrastructure à financement privé. À cette fin, il peut être utile d'analyser les deux situations les plus couramment mentionnées à propos des propositions spontanées, à savoir: les propositions spontanées qui, selon leurs auteurs, supposent l'application de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins de l'autorité contractante et celles dont les auteurs affirment qu'elles permettent de répondre à un besoin non encore identifié par l'autorité contractante.

a) Propositions spontanées supposant l'application de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins d'infrastructure de l'autorité contractante

101. De manière générale, en ce qui concerne les projets d'infrastructure pour lesquels il est nécessaire de recourir à un procédé ou à une méthode industriels, l'autorité contractante aurait intérêt à encourager la soumission de propositions incorporant les procédés, les conceptions, les études ou les concepts techniques les plus modernes et démontrant la capacité du soumissionnaire d'apporter un plus (par exemple, en réduisant considérablement les coûts de construction, en accélérant l'exécution du projet, en renforçant la sécurité, en améliorant les résultats du projet, en prolongeant sa vie économique, en réduisant les frais de maintenance et d'exploitation de l'ouvrage ou encore en réduisant l'impact négatif sur l'environnement ou les perturbations soit pendant la construction, soit pendant l'exploitation).

102. L'autorité contractante pourrait également satisfaire ses intérêts légitimes en modifiant comme il convient les procédures de sélection avec mise en compétition au lieu d'établir un ensemble de règles spécialement adaptées aux propositions spontanées. Par exemple, si elle recourt à des procédures de sélection qui mettent l'accent sur le produit attendu, sans prescrire les modalités de réalisation (voir par. 64 à 66), les soumissionnaires auront suffisamment de latitude pour offrir leurs propres procédés ou méthodes exclusifs. Une telle exclusivité ne constituerait pas, dans ce cas de figure, un obstacle à la concurrence, à condition que toutes les méthodes proposées permettent techniquement de donner les résultats souhaités par l'autorité contractante.

103. Il vaudrait peut-être mieux, dans ces cas, assouplir les procédures de sélection avec mise en compétition que concevoir de nouvelles procédures sans mise en compétition pour traiter plus particulièrement les propositions dont les auteurs affirment apporter des technologies ou des concepts nouveaux. Sauf peut-être dans le cas des concepts ou des technologies brevetés dont l'exclusivité peut être déterminée d'après les droits de propriété intellectuelle existants, une autorité contractante peut avoir beaucoup de mal à définir ce qui constitue la nouveauté. Pour ce faire, elle devra peut-être recourir aux services d'experts indépendants coûteux, venant éventuellement d'autres pays, afin d'éviter les allégations de partialité. L'argument de la nouveauté peut également être invoqué par d'autres sociétés intéressées affirmant posséder des technologies nouvelles appropriées.

104. La situation peut toutefois être quelque peu différente si l'exclusivité de la proposition ou ses aspects novateurs sont tels qu'il serait impossible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lequel l'auteur de la proposition ou ses associés ont des droits exclusifs, dans le monde entier ou dans la région. L'existence de droits de propriété intellectuelle sur une méthode ou une technologie peut effectivement réduire ou éliminer les possibilités de véritable concurrence. C'est la raison pour laquelle les lois sur la passation des marchés de la plupart des pays autorisent les entités contractantes à passer des marchés avec une source unique si les biens, les travaux ou les services ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un seul fournisseur ou entrepreneur donné, ou si le fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur les biens, travaux ou services et qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable (voir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, art. 22).

105. En pareil cas, il conviendrait d'autoriser l'autorité contractante à négocier directement l'exécution d'un projet avec l'auteur de la proposition spontanée. La difficulté serait bien entendu d'établir, avec l'objectivité et la transparence voulues, qu'il n'existe pas de solution de remplacement raisonnable pour la méthode ou la technologie envisagée dans la proposition spontanée. C'est pourquoi il est souhaitable que l'autorité contractante établisse des procédures lui permettant d'obtenir des éléments de comparaison.

b) Propositions spontanées dont l'auteur affirme être en mesure de répondre à un besoin d'infrastructure non encore identifié par l'autorité contractante

106. La valeur de ce type de propositions spontanées réside dans l'identification d'une possibilité de construction d'une infrastructure non encore envisagée par les autorités du pays hôte. Toutefois, ce cas de figure ne devrait pas normalement constituer en lui-même une justification suffisante pour négocier de gré à gré l'attribution d'un projet dont l'autorité contractante n'a pas l'assurance objective qu'il constitue la réponse la plus avantageuse à ses besoins.

2. *Traitement des propositions spontanées*

107. Compte tenu de ce qui précède, il est souhaitable que l'autorité contractante établisse des procédures transparentes pour déterminer si une proposition spontanée satisfait aux conditions requises et s'il est dans son intérêt de lui donner suite.

a) Restrictions à la recevabilité des propositions spontanées

108. Pour garantir un contrôle véritable des dépenses publiques, certaines lois nationales prévoient qu'aucune proposition spontanée ne peut être prise en considération si l'exécution du projet donne lieu à des engagements financiers importants de la part de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique tels que des garanties, des subventions ou une participation au capital. La raison d'une telle restriction est que les procédures de traitement des propositions spontanées sont généralement moins élaborées que les procédures ordinaires de sélection et peuvent ne pas garantir le niveau normal de transparence et de concurrence. Toutefois, il peut y avoir des raisons de permettre une certaine souplesse dans l'application de cette condition. Dans certains pays, un appui des pouvoirs publics autre que des garanties directes, des subventions ou une participation au capital (par exemple, la vente ou la location de biens publics aux auteurs de propositions de projet) n'empêche pas nécessairement de traiter ou d'accepter une proposition comme une proposition spontanée.

109. Pour être prise en considération, une proposition spontanée doit aussi se rapporter à un projet pour lequel l'autorité contractante n'a entamé ou annoncé aucune procédure de sélection. Ce qui justifie la prise en considération d'une proposition spontanée sans recours à une procédure de sélection ouverte est la volonté d'inciter le secteur privé à recenser des besoins d'infrastructure nouveaux ou non envisagés ou à formuler des propositions novatrices pour satisfaire ces besoins. Cette justification ne vaut plus si les autorités du pays hôte ont déjà identifié le projet et si le secteur privé se contente de proposer une solution technique différente de celle qu'envisageait l'autorité contractante. En pareil cas, cette dernière pourrait néanmoins tirer parti de solutions novatrices en appliquant une procédure de sélection en deux étapes (voir par. 54 à 58). Toutefois, l'examen de propositions spontanées en dehors d'une procédure de sélection déjà entamée ou annoncée irait à l'encontre du principe d'équité dans l'attribution des marchés publics.

b) Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

110. Une société ou un groupe de sociétés qui s'adressent à une entité publique pour lui proposer un projet d'infrastructure privé devraient être tenus de soumettre une proposition initiale contenant suffisamment d'informations pour permettre à l'autorité contractante de procéder à une première évaluation lui permettant de déterminer si les conditions d'admission des propositions spontanées sont remplies, en particulier si le projet proposé est d'utilité publique. La proposition initiale devrait inclure,

par exemple, les informations suivantes: description de l'expérience de l'auteur de la proposition dans ce type de projet et de sa situation financière; description du projet (type, lieu, impact régional, investissement proposé, coûts d'exploitation, évaluation financière, ressources devant être apportées par les pouvoirs publics ou des tiers); détails concernant le site (régime de propriété et expropriation éventuelle de terrains ou d'autres biens); et description du service et des travaux.

111. Après un examen préliminaire, l'autorité contractante devrait faire savoir à la société, dans un délai raisonnablement court, si le projet peut présenter un intérêt général. Si sa réponse est positive, elle devrait inviter la société à soumettre une proposition officielle qui contiendrait, outre les éléments inclus dans la proposition initiale, une étude de faisabilité technique et économique (y compris les caractéristiques, coûts et bénéfices) ainsi qu'une d'étude d'impact sur l'environnement. Par ailleurs, l'auteur de la proposition devrait être tenu de soumettre des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition. Les informations communiquées devraient être suffisamment détaillées pour permettre à l'autorité contractante d'évaluer correctement le concept ou la technologie et de déterminer s'ils répondent aux conditions requises et peuvent être appliqués avec succès à l'échelle prévue pour le projet proposé. La société qui soumet la proposition spontanée devrait conserver la propriété de tous les documents soumis pendant la procédure et ces documents devraient lui être restitués si la proposition est rejetée.

112. Une fois qu'elle a reçu de l'auteur de la proposition toutes les informations requises, l'autorité contractante devrait décider, dans un délai raisonnablement court, si elle entend donner suite et, dans ce cas, choisir la procédure qui sera utilisée. Pour faire ce choix, elle devrait déterminer tout d'abord si le projet pourrait ou non être exécuté sans le recours à un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs.

c) Procédures de traitement des propositions spontanées n'impliquant pas de concepts ou de technologies brevetés

113. Si l'autorité contractante, après avoir examiné une proposition spontanée, décide que le projet est d'utilité publique mais que son exécution est possible sans l'utilisation d'un procédé, d'études, d'une méthode ou d'un concept technique sur lequel l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs, elle devrait être tenue, pour l'attribution du projet, de recourir aux procédures normalement applicables pour l'attribution des projets d'infrastructure à financement privé telles les procédures de sélection avec mise en compétition décrites dans le *Guide* (voir par. 34 à 84). Toutefois, les procédures de sélection peuvent inclure certains éléments particuliers permettant d'encourager la soumission de propositions spontanées. Ces incitations peuvent être les suivantes:

a) L'autorité contractante pourrait s'engager à ne pas entamer une procédure de sélection concernant un projet pour lequel elle a reçu une proposition spontanée sans y inviter l'entreprise ayant soumis la proposition originale;

b) Le soumissionnaire original pourrait se voir accorder un avantage. Dans certains pays qui appliquent un système de classement par points pour l'évaluation des propositions financières et techniques, cet avantage prend la forme d'une marge de préférence dans la notation finale (à savoir un certain pourcentage supérieur à la note finale obtenue par l'entreprise à la fois pour les éléments financiers et non financiers). Un des risques afférents à un tel système est la fixation d'une marge de préférence qui décourage la présentation d'offres concurrentes valables, ce qui entraînerait l'admission d'un projet de valeur moindre en échange de la préférence donnée à l'auteur de la proposition novatrice. Le remboursement, total ou partiel, des frais encourus par le soumissionnaire original pour l'élaboration de la proposition spontanée serait une autre mesure d'incitation. À des fins de transparence, de telles incitations devraient être annoncées dans la sollicitation de propositions.

114. Nonobstant les incitations pouvant lui être offertes, l'auteur de la proposition spontanée devrait de manière générale être tenu de satisfaire pour l'essentiel aux mêmes critères de qualification que les soumissionnaires participant à la procédure de sélection avec mise en compétition (voir par. 38 à 40).

d) Procédures de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

115. S'il apparaît que les éléments novateurs de la proposition sont tels qu'il serait impossible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lequel l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs, dans le monde entier ou dans la région, il peut être utile que l'autorité contractante confirme cette évaluation préliminaire en appliquant une procédure lui permettant d'obtenir des éléments de comparaison. Elle peut notamment publier une description des éléments essentiels de la proposition relatifs aux produits (par exemple, capacité de l'ouvrage, qualité du produit ou du service, ou prix unitaire) avec invitation faite à d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné. Cette description ne devrait pas comprendre les éléments de la proposition spontanée afférents aux intrants (par exemple, conception de l'ouvrage, technologie et équipement à utiliser) afin d'éviter de divulguer aux concurrents potentiels des informations appartenant exclusivement à l'auteur de la proposition spontanée. Le délai de soumission des propositions devrait être fonction de la complexité du projet et donner aux concurrents potentiels suffisamment de temps pour formuler leurs propositions. Ce peut être là un facteur crucial pour obtenir d'autres propositions, par exemple si les soumissionnaires devaient effectuer des études géologiques souterraines détaillées qui aient pu demander de nombreux mois au soumissionnaire original, qui ne voudrait pas en divulguer les résultats.

116. L'invitation à soumettre des propositions comparables ou concurrentes devrait être publiée avec une fréquence minimum (par exemple, une fois par semaine pendant trois semaines) dans au moins un journal de diffusion générale. Elle devrait indiquer où et quand le dossier d'appel d'offres peut

être obtenu et préciser les dates limites d'envoi des propositions. Il est important que l'autorité contractante protège les droits de propriété intellectuelle de l'auteur de la proposition spontanée et garantisse la confidentialité des informations l'accompagnant. Aucune de ces informations ne devrait faire partie du dossier d'appel d'offres. Le soumissionnaire original comme toute autre entreprise qui souhaite soumettre une autre proposition devraient être tenus de fournir une garantie de soumission (voir par. 62). Deux démarches sont ensuite possibles, en fonction des réactions à l'invitation:

a) Si l'autorité contractante ne reçoit aucune proposition, elle peut raisonnablement conclure qu'il n'existe aucune variante ou solution de remplacement raisonnable à la méthode ou à la technologie envisagée dans la proposition spontanée. Elle doit dûment consigner ce résultat et pourrait être autorisée à engager des négociations directes avec l'auteur de la proposition originale. Il peut être souhaitable d'exiger que la décision de l'autorité contractante soit examinée et approuvée par l'autorité dont elle devrait normalement obtenir l'approbation pour sélectionner un concessionnaire par négociation directe (voir par. 89). Certains pays, dont les lois font obligation de recourir à des procédures avec mise en compétition, ont appliqué ces dernières afin d'établir la transparence requise pour éviter des contestations futures de l'attribution d'une concession à la suite d'une proposition spontanée. Dans ces pays, la simple publication d'une invitation à faire une offre permettrait d'attribuer un projet au soumissionnaire qui a fait initialement la proposition spontanée, même si elle a été la seule. La raison en est que, pour qu'il y ait procédure avec mise en compétition, il faut généralement qu'il y ait possibilité de concurrence, même si cette dernière n'est pas effective. La publicité crée cette possibilité et ajoute un degré souhaitable de transparence;

b) Si l'autorité contractante reçoit d'autres propositions, elle devrait inviter tous les soumissionnaires à des négociations afin de déterminer quelle est la plus avantageuse pour exécuter le projet (voir par. 90 à 96). Si elle reçoit un nombre suffisamment important de solutions de remplacement qui paraissent, à première vue, répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, elle peut envisager une procédure de sélection avec mise en compétition à part entière (voir par. 34 à 84), sous réserve des incitations qui peuvent être offertes à l'auteur de la proposition originale (voir par. 113b)).

117. L'autorité contractante devrait être tenue de dresser un procès-verbal de la procédure de sélection (par. 120 à 126) et de publier un avis d'attribution du projet (voir par. 119).

F. Confidentialité

118. Pour éviter les abus et favoriser la confiance dans les procédures de sélection, il importe que toutes les parties respectent la confidentialité, notamment en cas de négociations. La confidentialité est importante en particulier pour protéger toute information commerciale ou autre que les soumissionnaires peuvent inclure dans leurs propositions et ne souhaitent pas

voir divulguées à leurs concurrents. Elle devrait être assurée quelle que soit la méthode de sélection retenue par l'autorité contractante.

G. Avis d'attribution du projet

119. Les accords de projet comportent fréquemment des dispositions qui intéressent directement des parties autres que l'autorité contractante et le concessionnaire et qui pourraient avoir un intérêt légitime à être informées de certains éléments essentiels du projet. Tel est le cas notamment pour les projets qui comportent la prestation d'un service directement au public. À des fins de transparence, il est parfois souhaitable de définir des procédures pour diffuser les dispositions de l'accord de projet susceptibles d'intéresser le grand public. Une telle exigence devrait s'appliquer indépendamment de la méthode retenue par l'autorité contractante pour sélectionner le concessionnaire (que ce soit, par exemple, par une procédure de mise en compétition, des négociations directes ou à la suite d'une proposition spontanée). L'une des procédures possibles consiste à exiger que l'autorité contractante publie un avis de l'attribution du projet, contenant les éléments essentiels des accords proposés, tels que: a) le nom du concessionnaire; b) un descriptif des travaux et des services dont se chargera le concessionnaire; c) la durée de la concession; d) la structure des prix; e) un résumé des droits et obligations essentiels du concessionnaire et les garanties qu'il devra fournir; f) un résumé des droits de suivi de l'autorité contractante et les recours en cas de contravention à l'accord de projet; g) un résumé des obligations essentielles des pouvoirs publics, y compris les paiements, subventions ou indemnités qu'ils verseront et h) toute autre clause essentielle de l'accord de projet prévue dans la sollicitation de propositions.

H. Conservation des actes et informations liés à la procédure de sélection et d'attribution

120. Afin de garantir la transparence et la responsabilité et pour faciliter l'exercice du droit de recours des soumissionnaires qui s'estiment lésés contre les décisions prises par l'autorité contractante, cette dernière devrait être tenue de conserver les éléments essentiels de la procédure de sélection.

121. Le dossier conservé par l'autorité contractante devrait tout d'abord contenir, selon les besoins, les renseignements de caractère général concernant la procédure de sélection qui doivent normalement être consignés pour la passation des marchés publics (par exemple, les renseignements énumérés à l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés), ainsi que les renseignements présentant une importance particulière pour les projets d'infrastructure à financement privé, et qui peuvent comprendre:

a) Un descriptif du projet pour lequel l'autorité contractante a sollicité des propositions;

b) Les noms et adresses des sociétés membres des consortiums de soumissionnaires et ceux des soumissionnaires avec lesquels l'accord de

projet a été conclu et une indication des obligations en matière de publicité, y compris des copies des moyens utilisés et des invitations envoyées;

c) Si des changements dans la composition des soumissionnaires présélectionnés sont autorisés par la suite, un énoncé des raisons invoquées pour autoriser ces changements et des conclusions quant aux qualifications des nouveaux membres ou des membres admis dans les consortiums considérés;

d) Des renseignements sur les qualifications ou l'absence de qualifications des soumissionnaires et un résumé de l'évaluation et de la comparaison des propositions, et notamment de l'application de toute marge de préférence;

e) Un résumé des conclusions des études de faisabilité préliminaires demandées par l'autorité contractante et un résumé des conclusions des études de faisabilité présentées par les soumissionnaires qualifiés;

f) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant le dossier de présélection ou la sollicitation de propositions, les réponses qu'elles ont suscitées et un aperçu de tous les changements apportés au dossier;

g) Un résumé des principales dispositions des propositions et de l'accord de projet;

h) Si l'autorité contractante a estimé plus avantageuse une proposition autre que celle qui offrait le prix unitaire le plus bas pour le produit recherché, les raisons ayant amené le comité d'attribution à cette conclusion;

i) En cas de rejet de toutes les propositions, une déclaration motivée à cet effet;

j) Si les négociations avec le consortium qui a présenté la proposition la plus avantageuse et les négociations ultérieures avec les autres consortiums qualifiés n'ont pas abouti à un accord de projet, une déclaration motivée dans ce sens.

122. En cas d'attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition (voir par. 89), il peut être utile de faire figurer dans le dossier de cette procédure, outre les renseignements indiqués au paragraphe 121 qui peuvent être applicables, les renseignements supplémentaires ci-après:

a) Un énoncé des raisons et des circonstances invoquées par l'autorité contractante pour justifier la procédure de négociations directes;

b) Le type de publicité utilisée ou le nom et l'adresse de la ou des sociétés directement invitées aux négociations;

c) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés qui ont demandé à participer et de celles qui ont été exclues, le cas échéant, ainsi que les motifs de leur exclusion;

d) Lorsque les négociations n'ont pas abouti à un accord de projet, une déclaration motivée dans ce sens;

e) La justification donnée pour la sélection du soumissionnaire retenu.

123. Pour une procédure de sélection engagée à la suite de propositions spontanées (voir par. 107 à 117), il peut être utile de faire figurer dans le dossier de cette procédure, outre les renseignements indiqués au paragraphe 121 qui peuvent être applicables, les renseignements supplémentaires ci-après:

a) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés à l'origine de la proposition spontanée et une brève description de celle-ci;

b) Une attestation de l'autorité contractante selon laquelle la proposition spontanée a été jugée d'intérêt général et implique, le cas échéant, des technologies et des concepts nouveaux;

c) Le type de publicité utilisée ou le nom et l'adresse de la ou des sociétés directement invitées aux négociations;

d) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés qui ont demandé à participer et de celles qui ont été exclues, le cas échéant, ainsi que les motifs de leur exclusion;

e) Lorsque les négociations n'ont pas abouti à un accord de projet, une déclaration motivée dans ce sens;

f) La justification donnée pour la sélection du soumissionnaire retenu.

124. Il est souhaitable que les règles régissant la conservation des actes et informations spécifient dans quelle mesure les informations peuvent être communiquées et quels doivent en être les destinataires. Pour établir les critères en la matière, il faut tenir compte de divers facteurs, parfois divergents: intérêt général, du point de vue de la responsabilité des entités adjudicatrices, d'une large divulgation; nécessité de fournir aux soumissionnaires les informations dont ils ont besoin pour évaluer leurs résultats dans la procédure et déterminer les cas dans lesquels ils ont motif légitime à recours; et nécessité de protéger les informations commerciales confidentielles des soumissionnaires. Compte tenu de ces considérations, il peut être souhaitable de prévoir deux niveaux de communication, comme à l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Les informations à communiquer à tout membre du public peuvent se limiter à des informations de base touchant la responsabilité de l'autorité contractante envers le public. Toutefois, il est aussi souhaitable de prévoir la divulgation, au profit des soumissionnaires, d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure de sélection, dans la mesure où les soumissionnaires ont besoin de ces informations pour juger de leurs résultats dans la procédure de sélection et pour contrôler la manière dont l'autorité contractante applique les dispositions des lois et réglementations applicables.

125. En outre, des mesures appropriées devraient être prises pour éviter la divulgation d'informations commerciales confidentielles communiquées par les fournisseurs et entrepreneurs. Cela est particulièrement vrai des informations concernant l'évaluation et la comparaison des propositions, car

une divulgation excessive risque de porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires. En règle générale, l'autorité contractante ne devrait pas divulguer d'informations plus détaillées concernant l'examen, l'évaluation et la comparaison des propositions et des prix proposés, sauf lorsqu'un tribunal compétent le lui ordonne.

126. Des dispositions limitant la divulgation des informations relatives à la procédure de sélection n'interdiraient pas l'applicabilité à certaines parties du dossier de la procédure d'autres lois de l'État conférant au public un droit général d'accès aux documents officiels. La divulgation des informations figurant dans ce dossier aux organismes de tutelle législatifs ou parlementaires peut être imposée par la loi applicable dans le pays hôte.

I. Procédures de recours

127. L'existence de procédures de recours équitables et efficaces est l'une des conditions fondamentales pour attirer des soumissionnaires sérieux et compétents et pour réduire le coût et la longueur des procédures d'attribution. Une importante garantie du respect des règles régissant la procédure de sélection est le droit donné aux soumissionnaires d'intenter un recours contre les actes de l'autorité contractante qui enfreignent ces règles ou les droits des soumissionnaires. Différents systèmes juridiques et administratifs prévoient divers recours et procédures, qui sont étroitement liés à la question du recours contre les actes des autorités publiques. Quelle que soit la forme exacte des procédures de recours, il est important de veiller à ce qu'une possibilité adéquate et des procédures efficaces de recours soient prévues. Il est particulièrement utile de mettre en place un système de recours pratique "avant contrat" (c'est-à-dire des procédures de recours contre les actes de l'autorité contractante à un stade aussi précoce que possible de la procédure de sélection). Un tel système a pour avantage de rendre l'autorité contractante mieux à même de prendre des mesures correctives avant qu'il y ait préjudice et de réduire le nombre de cas où une indemnisation monétaire reste la seule option possible pour réparer les conséquences d'un acte irrégulier qu'elle a commis. Des éléments d'un système adéquat de recours figurent au chapitre VI de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés.

128. Des procédures de recours appropriées devraient établir en premier lieu que les soumissionnaires ont le droit d'intenter un recours contre les décisions affectant leurs droits. En première instance, ce recours peut être porté devant l'autorité contractante elle-même, en particulier si le projet n'a pas encore été attribué. Cette démarche peut favoriser l'économie et l'efficacité car dans de nombreux cas, en particulier avant l'attribution d'un projet, l'autorité contractante peut être tout à fait disposée à rectifier des erreurs de procédure dont elle n'a peut-être même pas connaissance. Il peut aussi être utile de prévoir qu'un recours peut être porté devant des instances administratives supérieures lorsqu'une telle procédure est compatible avec les systèmes constitutionnel, administratif et judiciaire. Enfin, la plupart des régimes nationaux de passation des marchés reconnaissent le droit à un recours juridictionnel, qui devrait être aussi généralement applicable à l'attribution des projets d'infrastructure.

129. Afin de maintenir un équilibre viable entre, d'une part, la nécessité de protéger les droits des soumissionnaires et garantir l'intégrité de la procédure de sélection et, d'autre part, la nécessité de limiter les risques de perturbation de cette procédure, les lois nationales assujettissent souvent les procédures de recours qu'elles établissent à un certain nombre de restrictions. Celles-ci comprennent la limitation aux soumissionnaires du droit de recours; la prescription de délais pour le dépôt des réclamations et pour le règlement des affaires, y compris pour toute suspension de la procédure de sélection pouvant intervenir au niveau du recours administratif; et l'inapplicabilité des procédures de recours à un certain nombre de décisions qui sont laissées à la discrétion de l'autorité contractante et qui ne soulèvent pas directement de questions ayant trait à l'égalité de traitement reconnue aux soumissionnaires. Dans la plupart des systèmes juridiques, des procédures de recours administratif permettent aux soumissionnaires de contester les décisions des autorités contractantes, bien qu'il n'existe pas partout de procédures de recours juridictionnel.

130. Il existe dans la plupart des États des mécanismes et procédures de recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques. Dans certains États, des mécanismes et procédures de recours ont été mis en place expressément pour les litiges découlant de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres États de tels litiges sont traités par l'application de mécanismes et procédures généraux de recours contre des actes administratifs. Certains aspects importants de la procédure de recours, tels que l'instance devant laquelle introduire le recours et les réparations pouvant être accordées, sont liés aux caractéristiques fondamentales, tant conceptuelles que structurelles, du système juridique et du système d'administration publique de chaque pays. De nombreux systèmes juridiques prévoient un recours contre les actes d'organes administratifs et autres entités publiques devant une instance administrative exerçant une autorité ou un contrôle hiérarchique sur l'organe ou l'entité. Dans les systèmes juridiques prévoyant un tel recours administratif hiérarchique, la question de savoir quels organes exerceront cette fonction pour les actes d'organes ou entités particuliers dépend dans une large mesure de la structure administrative de l'État. Dans le contexte des lois générales sur la passation des marchés, par exemple, certains États prévoient que cette fonction sera confiée à un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur la passation des marchés de l'État (par exemple, une commission centrale des marchés); dans d'autres États, cette fonction est assurée par l'organe chargé d'exercer un contrôle financier sur les opérations du gouvernement et de l'administration. Dans certains États, pour des types particuliers de cas mettant en jeu des organes administratifs ou d'autres entités publiques, cette fonction est assurée par des instances administratives indépendantes spécialisées dont la compétence est parfois décrite comme "quasi juridictionnelle". Ces instances ne sont toutefois pas considérées dans ces États comme des tribunaux du système juridictionnel.

131. De nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un recours judiciaire contre les actes d'organes administratifs et entités publiques. Dans plusieurs de ces systèmes, un recours judiciaire est prévu en sus du recours administratif, alors que dans d'autres seul un recours judiciaire est possible.

Certains systèmes ne prévoient au contraire qu'un recours administratif. Dans certains de ceux où des recours à la fois administratifs et judiciaires sont prévus, le recours judiciaire n'est possible qu'après épuisement des moyens de recours administratif; dans d'autres, il est possible d'opter pour l'un ou pour l'autre. La principale question qui se pose en ce qui concerne le recours judiciaire est l'effet qu'un jugement annulant une procédure d'appel d'offres aurait sur le contrat attribué, en particulier quand des travaux publics ont déjà été entrepris. Les lois sur la passation des marchés essaient en général de concilier les intérêts contradictoires du secteur public, à savoir la nécessité de préserver l'intégrité de la procédure de passation de marchés et de ne pas retarder la fourniture d'un service public, et l'intérêt des soumissionnaires à préserver leurs droits. Sauf lorsqu'un accord de projet a été le résultat d'actes illégaux, une bonne solution est qu'un jugement ne déclare pas nul un accord de projet, mais accorde des dommages-intérêts à la partie lésée. Il est convenu en général que de tels dommages-intérêts ne devraient pas comprendre la perte de bénéfices, mais être limités aux dépenses encourues par le soumissionnaire pour préparer son offre.

IV. Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet

A. Dispositions générales de l'accord de projet

1. L'accord de projet conclu entre l'autorité contractante et le concessionnaire est le document contractuel clef d'un projet d'infrastructure. Il définit la portée et l'objet du projet ainsi que les droits et obligations des parties et expose en détail comment le projet devra être exécuté ainsi que les conditions d'exploitation de l'ouvrage ou de prestation des services prévus. Il peut faire l'objet d'un document unique ou se présenter sous la forme de plusieurs accords entre l'autorité contractante et le concessionnaire. On trouvera ci-après une analyse de la relation qui existe entre l'accord de projet et la législation du pays hôte relative aux projets d'infrastructure à financement privé, ainsi que des procédures et formalités à suivre pour la conclusion et l'entrée en vigueur de l'accord de projet.

1. L'accord de projet dans la législation

2. Les législations nationales contiennent souvent des dispositions portant sur le contenu de l'accord de projet. Dans certains pays, la loi se borne à mentionner la nécessité d'un accord entre le concessionnaire et l'autorité contractante, tandis que dans d'autres elle contient des dispositions détaillées et impératives sur le contenu des clauses devant figurer dans l'accord. Il existe enfin une approche intermédiaire selon laquelle la loi énumère les questions qui doivent être réglées dans l'accord de projet sans réglementer en détail le contenu des clauses de celui-ci.

3. Des dispositions législatives générales régissant certains aspects fondamentaux de l'accord de projet présentent l'avantage de fournir un cadre général de répartition des droits et des obligations entre les parties. Ces dispositions peuvent avoir pour but d'uniformiser certaines questions contractuelles et de donner des indications aux autorités publiques chargées de négocier les accords de projet aux différents niveaux de l'État (national, provincial ou local). Elles peuvent être particulièrement utiles aux autorités contractantes qui n'ont pas l'expérience de ce genre de négociations. Enfin, il faut dans certains cas qu'un texte législatif confère à l'autorité contractante le pouvoir de souscrire à certaines clauses de l'accord.

4. Cependant, des dispositions législatives générales détaillant les droits et obligations des parties peuvent priver l'autorité contractante et le concessionnaire de la latitude dont ils ont besoin pour négocier entre eux un accord adapté aux exigences et aux particularités du projet considéré. Il est donc souhaitable de limiter les dispositions législatives générales concernant l'accord de projet au strict nécessaire, par exemple aux questions pour

lesquelles il faut prévoir un texte d'habilitation, qui mettent en cause les intérêts de tiers ou qui touchent à des considérations fondamentales de politique générale auxquelles il ne peut être dérogé par convention.

2. Droit applicable à l'accord de projet

5. Il est rare que les législations internes relatives aux projets d'infrastructure à financement privé contiennent des dispositions sur le droit applicable à l'accord de projet. Lorsqu'elles existent, elles prévoient habituellement l'application des lois du pays hôte au moyen d'un renvoi de caractère général au droit interne ou d'une mention des textes législatifs ou réglementaires particuliers qui s'appliquent à l'accord de projet. Dans certains systèmes juridiques la législation du pays hôte est tacitement applicable, même en l'absence de dispositions législatives à cet effet.

6. Le droit applicable à l'accord de projet comprend les dispositions des textes législatifs et réglementaires du pays hôte directement applicables aux projets d'infrastructure à financement privé, lorsqu'une législation spécifique sur ce point existe. Dans certains pays, l'accord de projet peut être soumis au droit administratif, tandis que dans d'autres il sera régi par le droit privé (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 24 à 27). Le droit applicable comprend également les règles relevant d'autres branches du droit qui s'appliquent aux différentes questions pouvant surgir pendant l'exécution d'un projet d'infrastructure (voir de manière générale le chapitre VII, "Autres domaines pertinents du droit", section B). Certaines de ces règles peuvent relever du droit administratif ou du droit public en général et leur application dans le pays hôte peut être obligatoire. C'est le cas notamment pour celles qui ont trait à la protection de l'environnement, à la santé et au droit du travail. Dans certains pays la loi indique expressément quelles sont les questions soumises à des règles impératives. Toutefois, plusieurs questions découlant de l'accord de projet ou de l'exploitation de l'ouvrage peuvent ne pas faire l'objet de règles impératives de droit public. Tel est habituellement le cas de la plupart des questions contractuelles découlant de l'accord de projet (par exemple, formation, validité et rupture du contrat, y compris responsabilité et indemnisation en cas de rupture de contrat et de résiliation abusive).

7. Les pays hôtes souhaitant adopter une législation sur les projets d'infrastructure à financement privé lorsqu'ils n'en ont pas pourront avoir à résoudre les différentes questions soulevées par de tels projets dans plusieurs textes législatifs. D'autres pays pourront souhaiter adopter une législation ne portant que sur certaines questions qui n'auraient pas déjà été traitées de manière satisfaisante dans les textes législatifs et réglementaires existants. Une législation spécifique sur les projets d'infrastructure à financement privé pourrait, par exemple, établir les caractéristiques particulières de la procédure de sélection du concessionnaire et renvoyer, selon qu'il convient, aux textes existants relatifs à l'attribution des marchés publics pour tout détail concernant l'administration de la procédure. D'ailleurs, lorsqu'ils adopteront une législation sur les projets d'infrastructure à financement privé, les pays hôtes pourront être appelés à abroger certains textes législatifs

et réglementaires qui, d'après l'organe législatif, font obstacle à son application.

8. Dans un souci de clarté, il pourra être utile de porter à la connaissance des investisseurs potentiels les textes législatifs et réglementaires qui s'appliquent directement à l'exécution de tels projets et, selon qu'il convient, ceux qui ont été abrogés par l'organe législatif. Cependant, comme il ne sera pas possible d'énumérer complètement dans la législation tous les textes législatifs ou réglementaires intéressant directement ou accessoirement les projets d'infrastructure à financement privé, le mieux serait de les énumérer dans un document non législatif tel qu'une brochure promotionnelle ou un document d'information général remis aux soumissionnaires avec la sollicitation de propositions (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 60).

3. Conclusion de l'accord de projet

9. Pour des projets aussi complexes que des projets d'infrastructure, il n'est pas rare que les négociations finales (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 83 et 84) entre les parties se poursuivent plusieurs mois avant que celles-ci soient prêtes à signer l'accord de projet. Un délai supplémentaire pourra également être nécessaire pour accomplir certaines formalités qui sont souvent prescrites par la loi telles que l'approbation de l'accord de projet par une autorité supérieure. L'entrée en vigueur de l'accord de projet ou de certaines catégories d'accord de projet est subordonnée, dans certains pays, à une décision du parlement, voire à l'adoption d'une loi spéciale. Étant donné le coût qu'entraîne tout retard dans l'application de l'accord de projet, il est souhaitable de faire aboutir rapidement la négociation finale afin d'éviter tout retard inutile dans la conclusion de l'accord de projet.

10. Un certain nombre d'éléments retardant les négociations ont été relevés, par exemple le manque d'expérience des parties, le manque de coordination entre différentes autorités publiques, les incertitudes quant à l'appui pouvant être attendu des pouvoirs publics et la difficulté que peut présenter la constitution de sûretés acceptables pour les prêteurs. Les pouvoirs publics peuvent beaucoup faciliter les choses en donnant des instructions appropriées aux négociateurs qui agissent au nom de l'autorité contractante. Mieux les parties s'entendront sur les clauses devant figurer dans l'accord de projet, plus elles auront de chances de mener à bien ces négociations. Inversement, lorsque des questions importantes restent en suspens après le processus de sélection et que les négociateurs n'ont que peu d'instructions concernant la substance de l'accord de projet, il peut y avoir un risque considérable de prolongation des négociations, d'augmentation de leur coût et de plaintes justifiées concernant le manque de transparence et de concurrence dans le processus de sélection.

11. La procédure de conclusion et d'entrée en vigueur de l'accord de projet doit également être passée en revue afin de régler rapidement les problèmes et d'éviter les conséquences néfastes de tout retard dans le calendrier du projet. Certains pays délèguent par voie législative le pouvoir d'engager la signature de l'autorité contractante ou de l'État, selon le cas, à certains

fonctionnaires, de sorte que l'accord de projet entre en vigueur dès sa signature ou dès l'achèvement de certaines formalités, comme la parution du texte au Journal officiel. Dans les pays où une telle procédure est inapplicable ou dans lesquels une autre instance doit encore donner son approbation finale, il est souhaitable d'envisager de rationaliser la procédure d'approbation. Lorsque cette procédure est jugée arbitraire ou trop lourde, il peut être demandé aux pouvoirs publics de donner au concessionnaire et aux prêteurs des garanties suffisantes pour les mettre à l'abri de ce risque (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 45 à 50). Dans certains pays où une approbation est nécessaire, l'autorité contractante est parfois autorisée à défrayer le soumissionnaire sélectionné des dépenses que ce dernier a engagées pendant la phase de sélection et la préparation du projet si l'approbation finale est retardée pour des raisons indépendantes de sa volonté.

B. Organisation du concessionnaire

12. Certaines prescriptions concernant l'organisation du concessionnaire se trouvent fréquemment dans la législation nationale et sont développées par des dispositions détaillées dans les accords de projet. Elles portent habituellement sur des questions telles que la constitution du concessionnaire en personne morale, son capital, son champ d'activité, ses statuts et règlements. Dans la plupart des cas, les soumissionnaires retenus constituent une société de projet revêtant la forme d'une personne morale indépendante dotée de sa propre personnalité juridique, qui devient alors le concessionnaire en vertu de l'accord de projet. Une société de projet constituée en personne morale indépendante est l'entité généralement utilisée pour mobiliser des fonds dans le cadre de la formule du financement de projet (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 54). Sa constitution facilite la coordination des travaux d'exécution du projet et offre un mécanisme de protection des intérêts de celui-ci, qui ne coïncident pas forcément avec les intérêts particuliers de chacun des promoteurs. Cette considération peut être déterminante lorsqu'une partie importante des services ou des biens nécessaires au projet doit être fournie par des membres du consortium de projet.

13. La société de projet est généralement tenue de se constituer dans un délai raisonnablement bref après l'attribution du projet. Comme une bonne part des éléments du passif et des obligations du concessionnaire, y compris à long terme (accord de projet, accords de prêts et de sûreté et contrats de construction), se décident généralement tôt, il est bon que le projet soit représenté par une personne morale indépendante lorsque ces instruments sont négociés. On ne peut raisonnablement attendre, cependant, que des engagements fermes et définitifs soient donnés par les prêteurs et autres bailleurs de fonds avant l'attribution finale de la concession.

14. Souvent, les entités offrant des services publics doivent se constituer en personne morale conformément aux lois du pays hôte. Cette exigence traduit la volonté de l'organe législatif de s'assurer, notamment, que les prestataires de services publics se conforment à la réglementation nationale en matière de

comptabilité et de publicité (par exemple, publication des états financiers ou règles de publicité concernant certains actes sociaux). Elle met en évidence, toutefois, la nécessité, pour le pays hôte, d'avoir un droit des sociétés approprié (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 30 à 33). Si la société de projet peut se constituer facilement, compte dûment tenu des exigences raisonnables qu'impose l'intérêt général, cela peut éviter des retards inutiles dans la réalisation du projet.

15. Une autre question importante a trait aux apports de fonds propres nécessaires pour la constitution de la société de projet. L'autorité contractante a légitimement intérêt à rechercher un montant de fonds propres qui assure la solidité financière de la société de projet et garantisse sa capacité de s'acquitter de ses obligations. Cependant, comme l'investissement total requis ainsi que le rapport idéal entre l'endettement et les fonds propres varient d'un projet à l'autre, une disposition législative imposant un capital social minimum d'un montant déterminé à toutes les sociétés réalisant des projets d'infrastructure n'est peut-être pas souhaitable. On pourra, à la place, accorder à l'autorité contractante davantage de souplesse pour parvenir à un montant de souscription au capital adapté aux besoins financiers du projet. La souscription attendue pourra, par exemple, prendre dans la sollicitation de propositions la forme d'un ratio d'endettement souhaitable et pourra figurer parmi les critères d'évaluation des propositions financières et commerciales de façon à stimuler la concurrence entre les soumissionnaires (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 75 et 77).

16. Quoi qu'il en soit, il est souhaitable de revoir les dispositions législatives ou les prescriptions réglementaires concernant l'organisation du concessionnaire de façon à assurer leur conformité aux obligations internationales contractées par le pays hôte. Des dispositions restrictives ou imposant certains types de personne morale ou de coentreprise par l'intermédiaire desquelles un prestataire peut proposer un service, de même qu'une restriction des participations étrangères sous la forme d'un plafonnement du pourcentage de capitaux étrangers ou de la valeur totale des investissements étrangers individuels ou agrégés, risquent d'aller à l'encontre d'obligations contractées par les États signataires de certains accords internationaux d'intégration économique ou de libéralisation du commerce des services.

17. Parfois, la législation interne contient des dispositions concernant la portée des activités de la société de projet et exige, par exemple, qu'elles se limitent à la construction et à l'exploitation d'un ouvrage particulier. Ces restrictions peuvent avoir pour objet d'assurer la transparence des comptes du projet et de préserver l'intégrité de ses actifs, en séparant ceux-ci ainsi que les produits et le passif de ce projet de ceux d'autres projets ou d'autres activités en rapport avec lui. Elles peuvent faciliter l'évaluation des résultats de chaque projet puisque les bénéfices ou déficits d'un projet ne peuvent venir en compensation des dettes ou des recettes d'autres projets ou activités.

18. Il se peut aussi que l'autorité contractante souhaite que les statuts de la société de projet reflètent comme il convient les obligations que celle-ci assume dans l'accord de projet, lequel prévoit donc parfois qu'une modification des statuts de la société de projet ne produit d'effet que

lorsqu'elle a été approuvée par l'autorité contractante. Lorsque celle-ci ou un autre organisme public participe à la société de projet, il est parfois stipulé que certaines décisions exigent un vote positif de l'autorité contractante à l'assemblée générale ou au conseil d'administration. Quoi qu'il en soit, il importe de peser l'intérêt général représenté par l'autorité contractante au regard de la nécessité de laisser à la société de projet la marge de manœuvre dont elle a besoin pour conduire ses affaires. S'il est jugé nécessaire d'exiger que l'autorité contractante approuve les amendements qu'il est proposé d'apporter aux statuts de la société de projet, il est bon de limiter cette exigence aux dispositions considérées comme revêtant une importance fondamentale (par exemple, celles qui concernent le montant du capital social, les catégories d'action et les droits dont elles sont assorties ou les procédures de liquidation), lesquelles devront être précisées dans l'accord de projet.

C. Site et biens du projet et servitudes

19. Les dispositions relatives au site du projet forment un élément essentiel de la plupart des accords de projet. Elles portent généralement sur des questions telles que la propriété des terrains et des biens du projet, l'acquisition des terrains et les servitudes nécessaires au concessionnaire pour réaliser des travaux de construction ou exploiter l'infrastructure. Dans la mesure où l'accord de projet envisage de transférer au concessionnaire des biens appartenant au domaine public ou de lui donner un droit d'usage sur de tels biens, une autorisation préalable du législateur peut être nécessaire. Une législation peut également être nécessaire pour faciliter l'acquisition des biens ou servitudes nécessaires lorsque le projet n'est pas situé sur des terrains appartenant au domaine public.

1. Propriété des biens du projet

20. Comme nous l'avons vu plus haut, la participation du secteur privé à des projets d'infrastructure peut revêtir différentes formes allant d'infrastructures détenues et exploitées par l'État à des projets entièrement privatisés (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 47 à 53). Indépendamment de la politique générale ou sectorielle du pays hôte, il importe que le régime de propriété des différents biens en jeu soit clairement défini et s'appuie sur un cadre légal suffisant. Il n'est cependant pas indispensable de disposer de textes législatifs précis à ce sujet. Dans différents pays, il s'est en effet révélé suffisant de donner des principes directeurs d'ordre législatif quand aux questions devant être traitées dans l'accord de projet.

21. Dans certains systèmes juridiques, l'infrastructure physique nécessaire à la fourniture de services publics est généralement considérée comme un bien public, même lorsqu'elle a initialement été acquise ou créée au moyen de fonds privés. Elle comprend généralement, outre tout bien qui aura pu être mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité contractante, tout bien spécialement acquis pour la construction de l'ouvrage. Toutefois, pendant la durée du projet, le concessionnaire pourra apporter des améliorations ou des

ajouts substantiels à l'ouvrage. Il ne sera pas toujours aisé d'établir, en vertu du droit applicable, si ces améliorations ou ajouts deviennent ou non partie intégrante des biens publics détenus par le concessionnaire, ou si certains d'entre eux peuvent en être séparés et devenir la propriété privée du concessionnaire. Il est donc souhaitable que l'accord de projet spécifie, selon qu'il convient, les biens qui entreront dans le domaine public et ceux qui deviendront la propriété privée du concessionnaire.

22. La nécessité de clarté concernant la propriété des biens du projet ne se limite pas aux systèmes juridiques dans lesquels l'infrastructure physique nécessaire à l'offre de services publics est considérée comme un bien public. En règle générale, lorsque l'autorité contractante fournit le terrain ou l'ouvrage nécessaire à la réalisation du projet, il est souhaitable que l'accord de projet spécifie, selon qu'il convient, les biens qui continueront de relever du domaine public et ceux qui deviendront la propriété privée du concessionnaire. Le concessionnaire pourra se voir céder soit le titre de propriété du terrain ou de l'ouvrage, soit uniquement un titre à bail ou le droit d'utiliser le terrain ou l'ouvrage et d'y construire, en particulier lorsque le terrain reste dans le domaine public. Dans l'un et l'autre cas, la nature des droits du concessionnaire devrait être clairement établie car elle aura une incidence directe sur l'aptitude du concessionnaire à constituer des sûretés sur les biens du projet pour mobiliser des fonds (voir par. 54 et 55).

23. Outre la propriété des biens pendant la durée de la concession, il importe de considérer le régime de propriété à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet. Dans certains pays, la loi met l'accent en particulier sur l'intérêt que représentent pour l'autorité contractante les biens corporels associés au projet et exige en général qu'ils soient cédés dans leur totalité à l'autorité contractante, alors que dans d'autres, les projets d'infrastructure à financement privé sont considérés essentiellement comme un moyen de fournir des services pendant une durée déterminée et non de construire des équipements. Aussi, la législation de ces derniers pays limite-t-elle l'obligation de cession du concessionnaire aux biens publics mis initialement à la disposition de ce dernier ou à certains autres biens jugés nécessaires pour garantir la prestation du service. Parfois, ces biens sont transférés directement du concessionnaire à un autre qui lui succède pour la prestation du service.

24. Les différences dans les approches législatives traduisent souvent des différences dans les rôles dévolus aux secteurs public et privé dans divers systèmes juridiques et économiques, mais elles peuvent aussi résulter de considérations pratiques de la part de l'autorité contractante. Une raison pratique qui incite l'autorité contractante à autoriser le concessionnaire à conserver certains biens à la fin de la concession peut être le désir de réduire le coût auquel le service sera fourni. Si les biens du projet sont susceptibles d'avoir une valeur résiduelle pour le concessionnaire et si cette valeur peut être prise en compte pendant le processus de sélection, l'autorité contractante peut escompter que les redevances demandées pour le service seront moins élevées. En effet, si le concessionnaire pense ne pas avoir à assumer la totalité du coût des biens durant la durée du projet mais peut en amortir une partie en les vendant ou en les utilisant à d'autres fins, après l'expiration de l'accord de projet, il est possible que le service puisse être assuré à un coût

moins élevé que si le concessionnaire devait assumer tous ses frais pendant la durée du projet. En outre, il se peut que certains biens nécessitent à la fin du projet une remise à neuf ou une amélioration technique telles qu'il n'est peut-être pas rentable pour l'autorité contractante de les réclamer. Il peut aussi y avoir un passif résiduel ou des coûts indirects, par exemple une responsabilité pour atteintes à l'environnement ou des coûts de démolition.

25. C'est pourquoi la législation de certains pays n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante, mais permet d'établir une distinction entre trois grandes catégories de biens:

a) *Biens devant être transférés à l'autorité contractante.* Cette catégorie comprend en général les biens publics utilisés par le concessionnaire pour fournir le service considéré. Ils peuvent inclure à la fois les ouvrages mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité contractante et les nouveaux ouvrages construits par le concessionnaire conformément à l'accord de projet. Certaines législations exigent également le transfert des biens meubles et immeubles acquis ultérieurement par le concessionnaire afin d'assurer l'exploitation de l'ouvrage, en particulier lorsqu'ils deviennent partie intégrante ou sont solidaires de façon permanente de l'infrastructure qui doit être cédée à l'autorité contractante;

b) *Biens pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré.* Cette catégorie comprend habituellement les biens initialement détenus par le concessionnaire ou acquis ultérieurement par lui qui, sans être indispensables ou strictement nécessaires à la fourniture du service, peuvent rendre plus commode ou plus efficace l'exploitation de l'ouvrage ou peuvent améliorer la qualité du service;

c) *Biens demeurant la propriété privée du concessionnaire.* Il s'agit de biens détenus par le concessionnaire qui n'entrent pas dans la catégorie b) ci-dessus. En général, l'autorité contractante n'a pas de droit sur ces biens, dont le concessionnaire peut librement disposer ou qu'il peut librement retirer.

26. À la lumière de ce qui précède, il est utile que la loi exige que l'accord de projet spécifie, selon qu'il convient, les biens qui relèveront du domaine public et ceux qui seront la propriété privée du concessionnaire. L'accord de projet devrait spécifier les biens que le concessionnaire est tenu de transférer à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet; les biens que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au concessionnaire, et ceux dont le concessionnaire peut librement disposer ou qu'il peut librement retirer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet. Ces dispositions devraient s'accompagner de critères contractuels permettant de fixer, selon qu'il convient, l'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut prétendre au titre des biens transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet (voir chap.V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 37 à 40).

2. Acquisition des terrains nécessaires à l'exécution du projet

27. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit sur un terrain appartenant au domaine public (c'est-à-dire à l'autorité contractante ou à une autre autorité publique) ou qu'un ouvrage existant doit être modernisé ou rénové, c'est normalement au propriétaire du terrain ou de l'ouvrage de mettre celui-ci à la disposition du concessionnaire. La situation est plus complexe quand les terrains n'appartiennent pas à l'autorité contractante et qu'il faut donc les acheter à leurs propriétaires. Le plus souvent, le concessionnaire ne sera pas le mieux placé pour assumer la responsabilité de cet achat, compte tenu des retards et des dépenses que peuvent entraîner les négociations avec différents propriétaires, souvent nombreux, et, dans certains pays, les recherches à entreprendre dans le cadastre pour analyser tous les transferts de propriété précédents et établir ainsi la validité du titre des différents propriétaires. C'est donc généralement l'autorité contractante qui assume la responsabilité de fournir les terrains nécessaires à la réalisation du projet de façon à éviter les retards inutiles ou l'augmentation du coût du projet que peut entraîner l'acquisition des terrains. L'autorité contractante peut acheter ces derniers à leurs propriétaires ou, si besoin est, procéder à une expropriation.

28. La procédure par laquelle des biens privés sont expropriés par les pouvoirs publics moyennant le versement d'une indemnité appropriée à leurs propriétaires, à laquelle les systèmes juridiques nationaux donnent des appellations techniques différentes, est qualifiée, dans le présent *Guide*, d'"expropriation". Dans les pays où la législation prévoit plusieurs modalités d'expropriation, il pourrait être souhaitable d'autoriser les autorités publiques compétentes à procéder à toutes les expropriations nécessaires à un projet d'infrastructure à financement privé en recourant aux procédures les plus expéditives, par exemple la procédure spéciale de déclaration d'utilité publique appliquée par certains pays (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 22 et 23).

29. Le pouvoir d'expropriation est en général dévolu à la puissance publique, mais la législation de certains pays autorise aussi des exploitants d'infrastructures ou prestataires de services publics (tels que les compagnies de chemins de fer, d'électricité ou de téléphone) à prendre certaines mesures d'expropriation des biens privés nécessaires à la fourniture ou au développement des services qu'ils fournissent. Dans les pays, en particulier, où l'indemnisation des propriétaires expropriés est décidée par les tribunaux, il s'est révélé utile de déléguer au concessionnaire le pouvoir d'entreprendre certaines démarches liées à l'expropriation, l'État restant responsable de l'exécution des actes dont la loi fait une condition préalable à l'ouverture de la procédure d'expropriation. Après l'expropriation, le terrain revient souvent à l'État, encore que, dans certains cas, la loi autorise l'autorité contractante et le concessionnaire à convenir d'un arrangement différent, compte tenu du partage entre eux du coût de l'expropriation.

3. *Servitudes*

30. Des dispositions spéciales peuvent être requises lorsque le concessionnaire doit traverser la propriété de tiers pour accéder au site du projet ou pour réaliser des travaux ou des opérations de maintenance nécessaires à la fourniture du service, par exemple pour installer des panneaux de signalisation sur des terrains adjacents, ériger des pylônes ou des lignes de transport d'électricité, mettre en place et entretenir des postes de transformation ou de commutation, émonder les arbres qui gênent les lignes téléphoniques situées sur les terrains attenants, ou poser des canalisations de pétrole, de gaz ou d'eau.

31. Ce droit d'utiliser la propriété de tiers pour une raison précise ou pour y effectuer des travaux est souvent appelé "servitude". Une servitude exige en général le consentement du propriétaire du terrain qu'elle grève, à moins qu'elle ne soit prévue par la loi. Il n'est en général ni rapide ni économique de laisser le concessionnaire traiter directement avec les propriétaires. Le plus souvent, c'est l'autorité contractante qui procède à l'expropriation des terrains requis en même temps qu'elle acquiert le site de projet.

32. Une solution quelque peu différente est de prévoir que la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques. Cette solution, qui peut éviter d'avoir à acquérir des servitudes sur différents terrains, peut s'appliquer dans le cadre de législations sectorielles, lorsque l'on pense être en mesure de déterminer à l'avance les servitudes minimums qui seront nécessaires au concessionnaire. Par exemple, une loi portant spécifiquement sur le secteur de la production de l'électricité peut fixer les conditions dans lesquelles le concessionnaire peut obtenir un droit de câblage afin d'installer et d'exploiter des réseaux de base et de distribution. Un tel droit peut être nécessaire notamment pour poser des câbles aériens ou souterrains, installer des structures portantes et des équipements de transformation et de commutation; entretenir, réparer ou enlever ces équipements, établir une zone de sécurité le long du parcours des câbles enterrés ou aériens, ou encore ôter les obstacles situés le long des lignes ou empiétant sur la zone de sécurité. Dans certains systèmes juridiques, les propriétaires peuvent prétendre à une indemnisation lorsque la portée des droits accordés au concessionnaire est telle qu'elle entraîne pour eux une perte appréciable de jouissance de leur bien.

D. Arrangements financiers

33. Les arrangements financiers concernent habituellement l'obligation pour le concessionnaire de mobiliser des fonds pour l'exécution du projet, d'indiquer dans les grandes lignes les mécanismes de décaissement et de justification de l'emploi des fonds, d'établir les méthodes de calcul et de révision des redevances perçues par le concessionnaire et les types de sûreté qui peuvent être constituées au profit des créanciers du concessionnaire. Il est important de veiller à ce que la législation du pays hôte facilite, ou du moins n'entrave pas, la gestion financière du projet.

1. *Obligations financières du concessionnaire*

34. Dans les projets d'infrastructure à financement privé, il incombe habituellement au concessionnaire de mobiliser les fonds nécessaires à la construction et à l'exploitation de l'infrastructure. Ces obligations sont généralement énoncées en détail dans les dispositions de l'accord de projet. Le plus souvent, l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques sont désireuses de limiter leurs obligations financières à celles qui sont expressément prévues dans l'accord de projet ou aux formes d'appui direct que les pouvoirs publics se sont engagés à fournir pour la réalisation du projet.

35. L'apport de capitaux privés des actionnaires de la société de projet ne représente habituellement qu'une petite partie de l'investissement total envisagé. Une proportion bien plus importante de cet investissement provient de prêts accordés au concessionnaire par des banques commerciales et des institutions financières internationales et du produit de l'émission d'obligations et d'autres instruments sur les marchés des capitaux (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 54 à 67). Il importe donc de veiller à ce que la loi ne restreigne pas inutilement la capacité du concessionnaire à conclure les arrangements financiers qu'il juge appropriés pour financer l'ouvrage.

2. *Fixation et réglementation des redevances*

36. Les redevances ou droits d'utilisation perçus par le concessionnaire peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante (voir par. 47 à 51) ou des pouvoirs publics (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60), la principale – et parfois même la seule – source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués pour le projet. Le concessionnaire cherchera donc à pouvoir fixer et maintenir ces redevances et ces droits à un niveau qui garantisse la génération d'un cash flow adéquat pour le projet. Certains systèmes juridiques, toutefois, peuvent imposer des limites à la latitude accordée au concessionnaire à cet égard. Le prix auquel les services publics sont fournis constituent généralement l'un des éléments de la politique d'infrastructure de l'État et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles de droit générales définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être "raisonnables", "équitables" ou "justes".

a) *Pouvoir du concessionnaire de percevoir des redevances*

37. Dans plusieurs pays, il se peut qu'une autorisation préalable du législateur soit nécessaire pour qu'un concessionnaire puisse percevoir des redevances pour la prestation de services publics ou d'exiger un droit pour l'utilisation d'ouvrages publics. Dans certains pays, l'absence d'une telle

disposition législative générale a donné lieu à des actions en justice contestant le pouvoir du concessionnaire de percevoir une redevance en contrepartie du service fourni.

38. Lorsqu'il est jugé nécessaire d'inclure dans la législation générale des dispositions réglementant les redevances et les droits d'utilisation, celles-ci devraient tendre à concilier les intérêts des investisseurs et ceux des usagers actuels et futurs. Il est souhaitable que les critères fixés par la loi pour la détermination de ces redevances et droits tiennent compte, indépendamment des facteurs sociaux auxquels les pouvoirs publics attachent de l'importance, de la nécessité pour le concessionnaire de générer un cash flow suffisant pour garantir la viabilité économique et la rentabilité commerciale du projet. En outre, il est bon d'habiliter les parties à négocier des arrangements appropriés, y compris en matière d'indemnisation, pour les cas où une réglementation directe ou indirecte des redevances applicables aux services publics risque d'aboutir à des redevances ou à des droits inférieurs à ce qu'ils devraient être pour que le projet puisse être exploité rentablement (voir par. 124).

b) Méthodes de réglementation des redevances

39. Les redevances et les droits d'utilisation sont souvent soumis, dans la législation nationale, à un mécanisme de contrôle. De nombreux pays ont choisi de n'énoncer dans leur législation que les principes généraux d'établissement des redevances, ces principes étant ensuite appliqués par l'organisme de réglementation concerné et repris dans les conditions fixées dans les licences ou concessions. Cette solution est souhaitable car les formules varient selon les secteurs et il peut être nécessaire de les adapter pendant la durée d'un projet. Lorsque des mesures de contrôle sont appliquées, la loi exige habituellement que la formule d'établissement des redevances utilisée soit indiquée dans la sollicitation de propositions et incorporée dans l'accord de projet. Les mécanismes de réglementation s'appuient généralement sur des formules d'ajustement assorties de mesures de contrôle permettant de vérifier l'application des dites formules. Les méthodes les plus couramment utilisées dans les législations nationales sont celles du taux de rendement et du plafonnement des prix. Il existe aussi des systèmes hybrides combinant des éléments empruntés à l'une et à l'autre. On notera que pour être efficace, un mécanisme de réglementation des redevances doit s'accompagner d'une analyse commerciale et économique approfondie, et que la brève présentation ci-après ne fait qu'offrir un aperçu de certains problèmes et d'éventuelles solutions.

i) Méthode du taux de rendement

40. La méthode du taux de rendement est un mécanisme d'ajustement des redevances conçu de manière à autoriser le concessionnaire à tirer un rendement convenu de son investissement. Les redevances pour une période donnée sont fixées en fonction des recettes globales que le concessionnaire doit dégager pour exploiter l'infrastructure, ce qui exige de déterminer ses dépenses, les investissements réalisés pour fournir les services et le taux de rendement autorisé. Les redevances sont revues périodiquement, parfois à

chaque fois que l'autorité contractante ou d'autres parties intéressées considèrent que les prix pratiqués génèrent plus ou moins de recettes qu'il n'en faut pour exploiter l'infrastructure. À cette fin, l'autorité contractante vérifie les dépenses liées à l'infrastructure, détermine dans quelle mesure les investissements réalisés par le concessionnaire peuvent être inclus dans la base tarifaire et calcule les recettes devant être générées pour couvrir les dépenses admissibles et atteindre le taux de rendement convenu. La méthode du taux de rendement est généralement utilisée pour la fourniture de services publics pour lesquels on peut prévoir une demande constante (approvisionnement en électricité, gaz ou eau, par exemple). Dans le cas d'ouvrages ou de services exposés à une plus grande élasticité de la demande tels que les routes à péage, il n'est pas toujours possible de maintenir le taux de rendement du concessionnaire à un niveau constant par un ajustement régulier des redevances.

41. On a constaté que la méthode du taux de rendement offre une grande sécurité aux exploitants d'infrastructures, car le concessionnaire est certain que les redevances seront suffisantes pour couvrir ses coûts d'exploitation et atteindre le taux de rendement convenu. Étant donné que les redevances sont ajustées régulièrement, ce qui permet au concessionnaire d'obtenir un taux de rendement pratiquement constant, les investissements dans les sociétés prestataires de services publics sont peu exposés aux risques de marché. De ce fait, les coûts d'investissement sont habituellement plus bas. L'inconvénient éventuel de la méthode du taux de rendement est qu'elle n'incite guère les exploitants d'infrastructures à réduire au minimum leurs coûts, puisqu'ils sont certains de les recouvrer grâce aux ajustements. Toutefois, en n'ajustant pas les redevances immédiatement ou rétroactivement, on peut créer un certain degré d'incitation. On notera que cette méthode requiert une importante quantité d'informations et de longues négociations (concernant, par exemple, les dépenses admissibles et la répartition des coûts).

ii) Méthode du plafonnement des prix

42. La méthode du plafonnement des prix consiste à fixer un barème de redevances pour une période donnée (par exemple, quatre ou cinq ans) compte tenu de l'inflation future et des gains d'efficacité que l'on attend de l'ouvrage. Les redevances peuvent fluctuer dans les limites fixées par le barème. Dans certains pays, ce barème est une moyenne pondérée de différents indices, alors que dans d'autres il s'agit d'un indice des prix à la consommation minoré d'un facteur de productivité. Lorsque de nouveaux investissements importants sont nécessaires, le barème peut inclure un élément additionnel visant à couvrir ces dépenses supplémentaires. Le barème peut s'appliquer à tous les services offerts par la société ou à certains groupes de services seulement, et différents barèmes peuvent être utilisés pour différents groupes. Le réajustement périodique du barème se fonde toutefois sur des calculs de type taux de rendement, qui exigent la fourniture de renseignements aussi détaillés que ceux évoqués plus haut, bien qu'à une moindre fréquence.

43. La méthode du plafonnement des prix est probablement moins complexe à appliquer que celle du taux de rendement. Comme mesure

d'incitation pour les prestataires de services publics, elle est plus efficace car le concessionnaire conserve les bénéfices réalisés en raison de dépenses plus faibles que prévu jusqu'à la prochaine période d'ajustement. Mais, parallèlement, les prestataires de services publics sont généralement exposés à davantage de risques qu'avec la méthode du taux de rendement. En particulier, le concessionnaire encourt des pertes si les dépenses se révèlent plus élevées que prévu, étant donné qu'il ne peut pas relever ses redevances avant le prochain ajustement. La prise de risques étant plus élevée, les coûts d'investissement le sont aussi. Si les rendements de la société de projet ne peuvent pas augmenter, il peut alors être difficile d'attirer de nouveaux investissements. En outre, la société peut être tentée d'abaisser la qualité du service fourni afin de réduire les coûts.

iii) Méthodes hybrides

44. De nombreuses méthodes d'ajustement des redevances actuellement utilisées combinent des éléments empruntés à la fois à la méthode du taux de rendement et à celle du plafonnement des prix, le but étant de réduire les risques encourus par les prestataires de services et d'inciter suffisamment ceux-ci à exploiter l'infrastructure avec efficacité. L'une de ces méthodes hybrides se fonde sur des échelles mobiles permettant de relever les redevances lorsque le taux de rendement tombe en deçà d'un certain seuil et de les abaisser lorsque ce taux dépasse un certain plafond, aucun ajustement n'étant effectué lorsque le taux de rendement se situe entre ces deux limites. L'autorité contractante peut par ailleurs, pour trouver un équilibre entre la méthode du taux de rendement et celle du plafonnement des prix, examiner les investissements réalisés par le concessionnaire pour s'assurer qu'ils satisfont aux critères d'utilité de manière à les prendre en considération lors du calcul des recettes que le concessionnaire doit dégager. Une autre méthode d'ajustement pouvant être utilisée pour fixer les redevances, ou plus généralement pour en surveiller le niveau, est leur fixation par rapport à une valeur de référence ou étalon. En comparant les différents éléments de coût d'un prestataire de services publics à ceux d'un autre prestataire ainsi qu'aux normes internationales, l'autorité contractante peut être en mesure de déterminer si les ajustements de redevances demandés par le prestataire de services publics sont raisonnables ou non.

c) Considérations de politique générale en matière de réglementation des redevances

45. Chacune des principales méthodes d'ajustement des redevances examinée ci-dessus présente des avantages et des inconvénients et a une incidence variable sur les décisions du secteur privé en matière d'investissement (voir par. 41 et 43), ce dont le législateur doit tenir compte pour déterminer les mécanismes de contrôle des redevances se prêtant le mieux à la situation du pays. Des méthodes différentes peuvent également être utilisées pour différents secteurs d'infrastructure. Certaines lois autorisent en effet l'autorité contractante à appliquer soit la méthode du plafonnement des prix, soit celle du taux de rendement dans la procédure de sélection des concessionnaires selon l'importance et la nature des investissements et des services. Lors du choix d'une méthode, il importerait de

tenir compte de l'incidence des différentes options de politique générale sur les décisions du secteur privé en matière d'investissement. Quel que soit le mécanisme choisi, il importe d'examiner attentivement si l'autorité contractante ou l'organisme de réglementation peut dûment vérifier que le concessionnaire s'acquitte de ses obligations et appliquer correctement la méthode d'ajustement (voir aussi chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53).

46. Il ne faut pas perdre de vue que les formules d'ajustement des redevances ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes, car les techniques, les taux de change, les salaires, la productivité et d'autres facteurs évoluent inévitablement de façon importante, voire parfois imprévisible, pendant la période de concession. De surcroît, les formules d'ajustement des redevances sont généralement élaborées en supposant un certain niveau de production ou de demande et peuvent produire des résultats insatisfaisants si le niveau de la production ou de la demande change considérablement. C'est pourquoi de nombreux pays ont établi des mécanismes de révision des formules permettant une révision périodique (disons tous les quatre ou cinq ans) ou une révision au coup par coup s'il est avéré que la formule ne permet pas d'assurer une rémunération adéquate au concessionnaire (voir aussi par. 59 à 68). Le système tarifaire devra également être suffisamment stable et prévisible pour que les prestataires de services publics et les usagers puissent planifier en conséquence et que le financement soit fonction des recettes prévisibles. Les investisseurs et les prêteurs peuvent craindre plus particulièrement que des modifications apportées à la réglementation n'aient une incidence sur la méthode d'ajustement des redevances. C'est pourquoi ils demandent habituellement que la formule d'ajustement soit incorporée à l'accord de projet.

3. *Obligations financières de l'autorité contractante*

47. Lorsque le concessionnaire offre des services directement au grand public, l'autorité contractante ou un autre organisme public peut s'engager à effectuer directement certains paiements au concessionnaire en remplacement ou en sus des droits perçus des usagers. Lorsque le concessionnaire produit un bien qui doit être distribué par un autre prestataire de services, l'autorité contractante peut s'engager à acheter ce bien en gros à un prix et à des conditions convenus. Les principaux exemples de ces arrangements sont brièvement exposés ci-après.

a) Versements directs

48. Certains pays ont recours à la formule des versements directs par l'autorité contractante pour remplacer ou compléter les droits perçus des usagers, en particulier dans le cas de projets de routes à péage, au moyen d'un mécanisme connu sous le nom de "péage virtuel". Il s'agit d'un arrangement selon lequel le concessionnaire assume l'obligation de construire, financer et exploiter une route ou un autre moyen de transport pendant un certain nombre d'années en contrepartie de versements périodiques en remplacement ou en sus des péages que paieraient ou paient effectivement les usagers. La formule du "péage virtuel" peut être utilisée

pour tenir compte des risques propres aux projets réalisés dans le secteur des transports, et en particulier le risque d'une circulation moindre que prévu (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 18). En outre, cette formule peut être politiquement plus acceptable qu'un péage proprement dit, par exemple s'il y a lieu de craindre que la perception de péages suscite des protestations des usagers de la route. Cependant, lorsque ces arrangements font intervenir une certaine forme de subventionnement de la société de projet, il y a lieu d'examiner attentivement leur conformité avec certaines obligations du pays hôte découlant d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges.

49. La formule du "péage virtuel" peut entraîner des dépenses substantielles pour l'autorité contractante et exiger de celle-ci une surveillance étroite. Dans les pays qui l'ont utilisée pour la réalisation de nouveaux projets routiers, les versements effectués au concessionnaire par l'autorité contractante sont calculés essentiellement sur la base de la circulation effective, mesurée en véhicules-kilomètres. Il est jugé souhaitable de prévoir que ces versements ne commenceront que lorsque la route sera ouverte à la circulation, de sorte que le concessionnaire soit encouragé à mettre la route en service le plus vite possible. Simultanément, on a jugé utile de calculer le montant des versements sur la base de la circulation effective pendant toute la durée de la concession, ce qui encourage le concessionnaire à faire en sorte que la circulation soit perturbée le moins possible par des travaux de réparation. À défaut, l'accord de projet peut contenir une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts spécifiés si les travaux de réparation conduisent à fermer des voies de circulation. Le concessionnaire est normalement tenu de faire régulièrement des comptages afin de calculer le nombre de véhicules-kilomètres par an, qui est vérifié périodiquement par l'autorité contractante. Une variante consiste à combiner péages virtuels et péages acquittés directement par les usagers; en pareil cas, les péages virtuels ne sont payés par l'autorité contractante que si, pendant une certaine période, la circulation tombe en dessous du seuil dont il a été convenu qu'il représentait le minimum nécessaire à une exploitation rentable de la route.

b) Engagements d'achat

50. Dans le cas de centrales électriques indépendantes ou d'autres ouvrages générant des biens ou des services qui peuvent être fournis sur le long terme à un acheteur spécifié, l'autorité contractante ou une autre autorité publique a souvent l'obligation d'acheter ces biens et services, à un prix convenu. Les contrats de ce type sont habituellement appelés "contrats d'enlèvement". Ils prévoient souvent deux types de paiements: des paiements visant à rémunérer la mise à disposition de la capacité de production et des paiements fondés sur la consommation effective. Dans le cas d'un projet de production d'électricité, par exemple, le contrat d'achat pourra prévoir les droits suivants:

a) *Droits de capacité.* Ces droits sont dus quelle que soit la production effective pendant la période de facturation et sont fixés à un niveau suffisant pour couvrir tous les frais fixes encourus par le concessionnaire pour financer et exploiter la centrale, y compris le service de

la dette et les autres frais financiers récurrents, les frais fixes d'exploitation et de maintenance et un certain taux de rentabilité. Le paiement des droits de capacité est souvent subordonné à l'observation de certaines normes de performance ou de disponibilité;

b) *Droits de consommation*. Ces droits ne sont pas censés couvrir l'intégralité des frais fixes du concessionnaire mais plutôt couvrir les frais variables ou marginaux que le concessionnaire doit assumer pour générer et livrer une unité donnée du service ou du produit visé (par exemple, un kilowatt-heure d'électricité). Les droits de consommation sont habituellement calculés de manière à couvrir les frais d'exploitation variables du concessionnaire, comme les dépenses afférentes au combustible consommé pendant l'exploitation de la centrale, les coûts de l'épuration des eaux et le coût des fournitures consommables. Les paiements variables sont souvent liés aux frais d'exploitation variables du concessionnaire lui-même ou à un indice reflétant assez fidèlement l'évolution des frais d'exploitation.

51. Du point de vue du concessionnaire, un mécanisme de paiements combinant des droits de capacité et des droits de consommation est particulièrement utile pour assurer la couverture de ses frais lorsque la transmission ou la distribution des biens ou services qu'il fournit fait l'objet d'un monopole. Toutefois, les droits de capacité prévus par un contrat d'enlèvement devraient être fonction des autres sources auxquelles peut avoir recours l'autorité contractante ou qu'elle utilise effectivement. Pour assurer la disponibilité des fonds dont a besoin l'autorité contractante pour effectuer les paiements prévus dans l'accord d'enlèvement, il est souhaitable de déterminer si des dispositions budgétaires appropriées doivent être prises à l'avance. Les paiements dus au titre d'un contrat d'enlèvement peuvent être garantis par les autorités du pays hôte ou par un organisme national ou international de garantie (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 46 et 47).

E. Sûretés

52. D'une manière générale, la constitution d'une sûreté sur les biens du débiteur donne au créancier titulaire de cette sûreté essentiellement deux types de droits: un droit réel qui lui permet, en principe, de saisir ou de faire saisir par un tiers le bien grevé et de le vendre, et le droit d'être payé en priorité sur le produit de la vente du bien en cas de défaillance du débiteur. Dans le contexte du financement de projet, les sûretés jouent généralement un rôle défensif ou préventif en garantissant qu'au cas où une tierce partie acquerrait les opérations du débiteur (par suite, par exemple, de l'exercice d'une sûreté, d'une faillite ou directement du débiteur), l'intégralité du produit de la vente de ces actifs sera affectée en priorité au remboursement de l'encours des prêts. Néanmoins, les prêteurs cherchent généralement à obtenir des sûretés qui leur permettent de saisir et de prendre possession d'un projet qu'ils peuvent reprendre et exploiter afin soit de le rendre de nouveau économiquement viable pour le revendre le moment venu, soit de le conserver indéfiniment et percevoir les recettes qu'il produit.

53. Les sûretés sont un élément essentiel du financement des projets d'infrastructure, en particulier lorsque ce financement est structuré selon la modalité du "financement de projet". Pour un projet d'infrastructure à financement privé, le dossier comporte habituellement à la fois une sûreté sur les biens corporels liés au projet et une sûreté sur les biens incorporels détenus par le concessionnaire. Certaines des principales conditions auxquelles doit répondre une sûreté pour pouvoir véritablement jouer son rôle sont exposées ci-dessous. On notera cependant que dans certains systèmes juridiques, toute sûreté fournie à des prêteurs leur permettant de reprendre le projet n'est autorisée que dans des circonstances exceptionnelles et à certaines conditions particulières, à savoir: l'autorité contractante doit en autoriser la constitution; elle doit servir uniquement à faciliter le financement ou l'exploitation du projet; et elle ne doit pas avoir d'effets sur les obligations contractées par le concessionnaire. Ces conditions découlent souvent de principes de droit généraux ou de la loi et ne peuvent être levées par l'autorité contractante par le biais d'arrangements contractuels.

1. Sûretés sur des biens corporels

54. La négociation des sûretés à constituer afin d'obtenir un financement pour le projet peut se heurter à des obstacles juridiques lorsque des biens du projet appartiennent à l'État. Dans nombre de systèmes juridiques, un concessionnaire qui n'a pas de titre de propriété ne sera pas autorisé à grever de tels biens ou n'aura qu'un droit limité de le faire. Lorsqu'il existe des restrictions de ce type, la loi peut néanmoins faciliter la négociation d'une sûreté, par exemple en indiquant les types de biens sur lesquels elle peut être constituée ou les types de sûretés qui sont autorisés. Dans certains systèmes juridiques, un concessionnaire auquel a été accordé un bail ou un droit d'utilisation de certains biens peut constituer une sûreté sur ce bail ou sur ce droit d'utilisation.

55. En outre, des sûretés peuvent aussi être constituées lorsque la concession englobe différents types de biens du domaine public, par exemple lorsqu'une société de chemins de fer, outre le droit d'utilisation de l'infrastructure publique, se voit accorder le titre de propriété des terrains adjacents (et pas seulement le droit de les utiliser). Lorsqu'il est possible de constituer une sûreté quelconque sur des biens appartenant à l'autorité contractante ou devant lui être retournés ou sur des biens sur lesquels elle a contractuellement une option d'achat (voir par. 28), la loi peut subordonner le droit pour le concessionnaire de constituer de telles sûretés à l'approbation de l'autorité contractante.

2. Sûretés sur des biens incorporels

56. Dans un projet d'infrastructure, le principal bien incorporel est la concession elle-même, c'est-à-dire le droit du concessionnaire d'exploiter l'ouvrage ou de fournir les services requis. Dans la plupart des systèmes juridiques, la concession donne à son titulaire le droit d'administrer l'ensemble du projet et de conserver les recettes qu'il génère. Ainsi, la valeur de la concession dépasse de beaucoup la valeur globale de tous les biens corporels faisant partie du projet. Comme le titulaire de la concession a

habituellement le droit de posséder tous les biens du projet et d'en disposer (à l'exception, éventuellement, de ceux qui appartiennent à d'autres parties, comme des biens publics en possession du concessionnaire), la concession englobe habituellement des biens corporels ou incorporels tant existants que futurs. Les prêteurs peuvent par conséquent considérer la concession comme un élément essentiel de la sûreté négociée avec le concessionnaire. Le nantissement de la concession elle-même peut avoir différents avantages pratiques pour le concessionnaire et les prêteurs, en particulier dans les systèmes juridiques qui, autrement, n'autoriseraient pas la constitution d'une sûreté sur l'ensemble des biens d'une société ou qui ne reconnaissent généralement pas des sûretés non possessoires (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 10 à 16). Ces avantages peuvent être notamment d'éviter la nécessité de créer une sûreté distincte pour chacun des biens du projet, de permettre au concessionnaire de continuer à utiliser ces biens dans ses activités normales et de permettre le nantissement de certains biens sans en transférer la possession effective aux créanciers. De plus, un nantissement de la concession peut permettre aux prêteurs, en cas de manquement du concessionnaire, d'éviter qu'il soit mis fin au projet en reprenant la concession et en faisant poursuivre le projet par un autre concessionnaire. Un nantissement de la concession peut par conséquent compléter utilement ou, dans certaines circonstances, remplacer un accord direct entre les prêteurs et l'autorité contractante concernant les droits de subrogation des prêteurs (voir par. 147 à 150).

57. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, certains obstacles peuvent empêcher le nantissement de la concession en l'absence d'autorisation expresse du législateur. Dans divers systèmes, des sûretés ne peuvent être constituées que sur des biens que le débiteur est libre d'aliéner. Comme, le plus souvent, le droit d'exploiter l'ouvrage n'est pas cessible sans le consentement de l'autorité contractante (voir par. 62 et 63), il se peut que certains systèmes juridiques empêchent le concessionnaire de constituer une sûreté sur la concession elle-même. Certains pays de tradition romano-germanique ont récemment adopté des lois qui ont éliminé cet obstacle en créant une catégorie spéciale de sûretés, parfois désignées par des expressions comme "hipoteca de concesión de obra pública" ou "prenda de concesión de obra pública" ("hypothèque sur une concession de travaux publics" ou "nantissement de concession de travaux publics"), qui donnent généralement aux prêteurs une sûreté exécutoire sur l'ensemble des droits accordés au concessionnaire par l'accord de projet. Pour protéger l'intérêt général, la loi prévoit cependant que toute mesure des prêteurs tendant à faire valoir ce droit, dans les conditions à convenir d'un commun accord entre eux et l'autorité contractante, est subordonnée au consentement de l'autorité contractante. Certains pays de *common law* ont trouvé une solution un peu plus limitée consistant à établir une distinction entre le droit non cessible de mener une certaine activité sous licence de l'État (c'est-à-dire les "droits publics" découlant de la licence) et le droit d'exiger les recettes que reçoit le titulaire de la licence (c'est-à-dire les "droits privés").

3. Sûretés sur des créances commerciales

58. Une autre forme de sûreté généralement donnée dans le cadre de la plupart des projets d'infrastructure à financement privé est la cession aux prêteurs de recettes provenant de contrats conclus avec des clients du concessionnaire. Ces recettes peuvent provenir d'un contrat unique (engagement d'achat d'électricité par une société de distribution, par exemple) ou d'un grand nombre de transactions individuelles (règlement mensuel de factures de gaz ou d'eau, par exemple). Elles comprennent généralement les redevances perçues du public pour l'utilisation de l'ouvrage (péages sur une route, par exemple) ou le prix payé par les usagers des biens ou des services fournis par le concessionnaire (redevances d'électricité, par exemple). Elles peuvent également comprendre les recettes de concessions accessoires. Une telle sûreté est fréquente dans les contrats de financement négociés avec les prêteurs, et les accords de prêt prévoient souvent que les revenus des projets d'infrastructure seront déposés sur un compte séquestre géré par un administrateur fiduciaire nommé par les prêteurs. Un tel mécanisme peut également jouer un rôle clef dans l'émission d'obligations et d'effets négociables par le concessionnaire.

59. Les sûretés constituées sur des créances commerciales jouent un rôle essentiel dans les arrangements de financement comprenant l'émission d'obligations et d'autres effets négociables. Ces instruments peuvent être émis par le concessionnaire lui-même, auquel cas les investisseurs qui achètent les titres deviendront ses créanciers, ou bien par un tiers auquel ont été cédées les créances du projet par le biais d'un mécanisme appelé "titrisation". La titrisation consiste à émettre des titres négociables garantis par les recettes du projet, qui sont gagées pour rembourser le principal et payer les intérêts des titres émis. Les opérations de titrisation conduisent habituellement à créer une personne morale, souvent appelée "fonds commun de créances", qui est distincte du concessionnaire et spécialement chargée de titriser les biens ou les créances. Le concessionnaire lui cède les créances du projet et elle émet, à son tour, pour les investisseurs des instruments porteurs d'intérêt qui sont garantis par les créances du projet. Les porteurs d'obligations titrisées acquièrent ainsi un droit sur le produit des opérations réalisées entre le concessionnaire et ses clients. Le concessionnaire perçoit les redevances des clients et les vire au fonds commun de créances, lequel les transfère aux porteurs d'obligations titrisées. Certains pays ont récemment promulgué des lois reconnaissant expressément la faculté du concessionnaire de céder les créances du projet à un fonds commun de créance qui les détient et les gère dans l'intérêt des créanciers du concessionnaire. Afin de protéger les porteurs d'obligations contre le risque d'insolvabilité du concessionnaire, il peut être souhaitable d'adopter les mesures législatives nécessaires afin de permettre une séparation juridique du concessionnaire et du fonds commun de créances.

60. Dans la plupart des cas, il ne serait pas pratique pour le concessionnaire d'individualiser les créances cédées aux créanciers. C'est pourquoi la cession de créances dans le cadre d'un financement de projet prend généralement la forme d'une cession globale de créances futures. Des dispositions reconnaissant la faculté du concessionnaire de nantir les recettes provenant

de projets d'infrastructure ont récemment été incluses dans la législation de divers pays. Il peut cependant exister une incertitude considérable dans différents systèmes juridiques quant à la validité de telles cessions globales. Il importe donc de veiller à ce que les lois nationales sur les sûretés ne portent pas atteinte à la faculté qu'ont les parties de céder effectivement des créances commerciales afin d'obtenir des fonds pour le projet (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 10 à 16).

4. Sûretés sur la société de projet

61. Lorsque la concession ne peut être ni cédée ni transférée à un tiers sans le consentement de l'autorité contractante (voir par. 62 et 63), la loi interdit parfois la constitution d'une sûreté sur les actions de la société de projet. Il convient cependant de noter que le nantissement des actions de la société de projet est une forme de sûreté que les prêteurs requièrent fréquemment pour le financement de projet et qu'une interdiction générale de ce procédé peut limiter la capacité qu'a la société de projet de mobiliser des capitaux pour le projet. Il peut donc être utile, comme pour les autres forme de sûretés, que la loi autorise les actionnaires du concessionnaire à constituer une telle sûreté, sous réserve de l'approbation préalable de l'autorité contractante, lorsque celle-ci doit également approuver la cession de parts dans la société de projet (voir par. 64 à 68).

F. Cession de la concession

62. Les concessions sont attribuées au regard des qualifications particulières et de la réputation du concessionnaire et, dans la plupart des pays, elles ne sont pas librement cessibles. Les législations nationales, en fait, interdisent souvent toute cession de la concession sans l'assentiment de l'autorité contractante. Ces restrictions ont habituellement pour objet de faire en sorte que l'autorité contractante puisse contrôler les qualifications des exploitants d'ouvrages ou des prestataires de services publics.

63. Certains pays ont jugé utile de mentionner dans la loi les conditions auxquelles le transfert d'une concession peut être approuvé avant l'échéance du contrat, par exemple l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations prévues dans l'accord de projet et l'attestation que le nouveau concessionnaire a les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service requis. Des dispositions législatives générales de ce type peuvent être complétées par des dispositions plus précises dans l'accord de projet, qui délimitent la portée des restrictions et indiquent les conditions dans lesquelles l'autorité contractante peut consentir à la cession. Il convient de noter toutefois que ces restrictions s'appliquent habituellement à la cession volontaire de ses droits par le concessionnaire et qu'elles n'écartent pas la possibilité d'un transfert obligatoire de la concession à une entité désignée par les prêteurs avec l'accord de l'autorité contractante, en vue d'éviter qu'il soit mis fin à la concession en raison d'un manquement grave du concessionnaire (voir aussi par. 147 à 150).

G Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet

64. L'autorité contractante peut se demander si les membres originels du consortium de soumissionnaires resteront bien engagés dans la réalisation du projet pendant toute sa durée et si le contrôle effectif de la société de projet ne sera pas transféré à des entités inconnues d'elles. Les concessionnaires sont sélectionnés pour la réalisation de projets d'infrastructure, sur la base, tout au moins en partie, de leur expérience et de la capacité qu'ils ont de mener à bien ce type de projet (voir chap.III, "Sélection du concessionnaire", par. 38 à 40). L'autorité contractante peut donc craindre que si les actionnaires du concessionnaire sont totalement libres de céder leurs investissements dans le projet, il soit impossible de savoir qui fournit en fait les services requis.

65. L'expérience dont le consortium retenu a apporté la preuve pendant la phase de présélection et les garanties de bonne exécution fournies par les organisations dont relève le consortium originel et ses sous-traitants peuvent apaiser les craintes de l'autorité contractante. Dans la pratique, toutefois, l'assurance que peut donner l'expérience apparente des actionnaires de la société concessionnaire ne doit pas être surestimée. Lorsqu'une personne morale distincte est créée pour réaliser le projet, ce qui est souvent le cas (voir par. 12), l'appui des actionnaires de la société concessionnaire au cas où le projet se trouverait en difficulté peut être limité à leur plafond d'engagement. Ainsi, en soi, les restrictions imposées à la cessibilité des investissements peuvent ne pas constituer une protection suffisante contre le risque de défaillance du concessionnaire. En particulier, elles ne sauraient se substituer à l'insertion dans l'accord de projet de clauses prévoyant des recours contractuels appropriés, notamment la surveillance de la qualité des services fournis (voir par. 147 à 150) ou la résiliation sans indemnisation complète en cas d'exécution non satisfaisante (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 44 et 45).

66. Qui plus est, l'imposition de restrictions à la cessibilité des actions d'entreprises de services publics peut également avoir certains inconvénients pour l'autorité contractante. Comme indiqué ci-dessus (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 54 à 67), de nombreux types de financements peuvent être fournis par des investisseurs différents, selon le profil des risques et la rémunération de l'investissement. Les investisseurs initiaux, comme les entreprises de travaux publics ou les fournisseurs de matériel, voudront que les risques plus élevés qu'ils assument soient rémunérés en conséquence, tandis que les investisseurs suivants pourront demander un rendement moindre, proportionnel aux risques moindres qu'ils supportent. La plupart des investisseurs initiaux disposent de ressources limitées et doivent recycler leurs capitaux pour pouvoir participer à de nouveaux projets. Par conséquent, ils peuvent ne pas souhaiter immobiliser leurs capitaux dans des projets à long terme. À la fin de la période de construction, ils préféreront peut-être vendre leur participation à un bailleur de fonds secondaire qui accepte un rendement inférieur. Une fois l'utilisation de l'ouvrage mieux assurée, l'opération pourra être refinancée à nouveau. Toutefois, si on limite la

possibilité pour les investisseurs d'investir et de réinvestir dans des projets d'infrastructure en imposant des restrictions à la cessibilité des actions d'une société de projet, on risque de renchérir le financement et il se peut même que, dans certaines circonstances, le financement d'un projet soit totalement impossible si certains investisseurs dont la participation peut être cruciale pour l'exécution du projet ne sont pas disposés à y prendre part. À long terme, le développement d'un marché de l'investissement dans les infrastructures publiques risque d'être freiné si on limite inutilement la liberté des investisseurs de céder leurs intérêts dans des projets d'infrastructure à financement privé.

67. Pour ces raisons, il peut être souhaitable de limiter les restrictions à la cession d'un intérêt majoritaire dans la société de projet à une période donnée (par exemple, à un certain nombre d'années après l'entrée en vigueur de l'accord de projet) ou aux cas où de telles restrictions sont justifiées par des raisons liées à l'intérêt général. Un exemple peut être celui d'un concessionnaire en possession de biens publics ou d'un concessionnaire qui reçoit des prêts, des subventions, un apport de fonds ou d'autres formes de soutien direct des pouvoirs publics. En pareil cas, l'autorité contractante, étant responsable de la bonne utilisation des deniers publics, doit avoir l'assurance que les fonds et les biens de l'État sont confiés à une société solide à laquelle les investisseurs initiaux s'engagent à participer pendant une période raisonnable. Un autre cas dans lequel il pourrait être justifié d'imposer des restrictions à la cession d'actions de la société concessionnaire est celui où l'autorité contractante a intérêt à empêcher que les actions soient cédées à des investisseurs déterminés. Elle peut souhaiter, par exemple, contrôler l'acquisition d'intérêts majoritaires dans des sociétés de services publics afin d'éviter la constitution d'oligopoles ou de monopoles dans des secteurs déréglementés. Il peut aussi être jugé inapproprié qu'une société qui a fraudé un organisme public soit employée par un autre par le biais d'une filiale nouvellement acquise.

68. Dans ces cas exceptionnels, il peut être souhaitable d'exiger des investisseurs initiaux qu'ils obtiennent le consentement préalable de l'autorité contractante avant de céder leurs parts. Il conviendrait néanmoins de stipuler dans l'accord de projet que ce consentement ne devra pas être refusé ou retardé sans raison valable. Dans un souci de transparence, il pourrait être aussi souhaitable d'établir les motifs de refus et d'exiger de l'autorité contractante qu'elle motive chacun d'entre eux. La durée appropriée de telles restrictions – que ce soit pour une phase déterminée du projet ou pour toute la durée de la concession – est une question qu'il faudra peut-être examiner au cas par cas. Dans certains projets, il pourra être possible de relâcher ces restrictions après l'achèvement de l'ouvrage. Il est aussi souhaitable de préciser dans l'accord de projet si les restrictions éventuelles s'appliquent à la cession de toutes les actions dans la société concessionnaire ou si elles ne s'appliquent qu'à un investisseur déterminé (par exemple, une entreprise de travaux publics ou le concepteur de l'ouvrage) pour la durée des travaux ou pour une période allant bien au-delà de la fin des travaux.

H. Projets de construction

69. Les autorités passant un contrat pour la construction d'un ouvrage jouent normalement le rôle de l'employeur dans le cadre dudit contrat et exercent des droits de surveillance et d'inspection étendus, qu'il s'agisse du droit d'examiner le projet de construction et d'en demander la modification, de surveiller étroitement les travaux de construction et leur avancement par rapport au calendrier, d'inspecter et d'approuver officiellement l'ouvrage achevé ou de donner l'autorisation finale d'exploitation.

70. En revanche, dans de nombreux projets d'infrastructure à financement privé, l'autorité contractante peut préférer confier cette tâche au concessionnaire. Au lieu d'assurer directement la gestion des différents aspects du projet, elle peut préférer demander à ce dernier d'assumer la pleine responsabilité de l'achèvement des travaux de construction dans les délais. Le concessionnaire tiendra lui aussi à ce que le projet soit achevé dans les temps et à ce que les estimations de coût ne soient pas dépassées, et négociera généralement des contrats clefs en mains forfaitaires à délais fixes assortis de garanties de bonne exécution fournies par les constructeurs. Par conséquent, s'agissant des projets d'infrastructure à financement privé, c'est le concessionnaire qui, pour l'essentiel, joue le rôle que l'employeur jouerait normalement dans le cadre d'un contrat de construction.

71. C'est pourquoi, dans certains pays, les dispositions législatives concernant la construction d'infrastructures à financement privé se limitent à énoncer en termes généraux l'obligation qu'a le concessionnaire d'exécuter les travaux publics conformément aux dispositions de l'accord de projet et confèrent à l'autorité contractante le droit général de surveiller l'avancement des travaux afin de veiller au respect des dispositions dudit accord. Des dispositions plus détaillées sont ensuite élaborées dans le cadre de l'accord de projet.

1. Examen et approbation des plans de construction

72. Si l'on juge nécessaire de légiférer sur les travaux de construction et les questions connexes, il est souhaitable de mettre au point des procédures tendant à éviter que les délais d'exécution et les coûts de construction ne dépassent les estimations et à réduire les risques de différends entre le concessionnaire et les autorités publiques concernées. Par exemple, lorsque la loi exige que l'autorité contractante examine et approuve le projet de construction, l'accord de projet devrait fixer un délai pour l'examen du projet de construction et stipuler que ce dernier est considéré comme approuvé si l'autorité contractante n'a formulé aucune objection dans ce délai. Il peut être également utile de préciser, dans l'accord de projet, les motifs (sécurité, défense, sûreté, protection de l'environnement ou non-respect des spécifications) pour lesquels l'autorité contractante peut soulever des objections ou demander la modification du projet.

2. Modification des modalités du projet

73. Pendant la construction d'une infrastructure, il n'est pas rare qu'il soit nécessaire ou souhaitable de modifier certains aspects de la construction. L'autorité contractante souhaitera donc peut-être conserver le droit d'ordonner la modification d'aspects comme l'étendue de la construction, les caractéristiques techniques des équipements ou matériaux à utiliser dans l'ouvrage ou encore les services liés à la construction qui sont requis compte tenu des spécifications. Ces changements sont appelés "modifications" dans le *Guide*. Au sens du *Guide*, le mot "modifications" ne désigne pas les ajustements ou révisions de redevances résultant de la variation des coûts ou de la fluctuation des monnaies (voir par. 39 à 44). De même, la renégociation de l'accord de projet en cas d'importants changements de circonstances (voir par. 126 à 130) n'est pas considérée dans le *Guide* comme une modification.

74. Étant donné la complexité de la plupart des projets d'infrastructure, la nécessité de modifier les spécifications de l'ouvrage ou d'autres modalités du projet n'est pas à exclure. Toutefois, une telle modification retarde souvent l'exécution du projet ou la fourniture du service public; elle risque aussi de rendre l'exécution de l'accord de projet plus onéreuse pour le concessionnaire. En outre, les frais occasionnés par la réalisation de vastes modifications peuvent excéder la capacité financière du concessionnaire, ce qui exigera l'apport de fonds supplémentaires importants qu'il ne sera peut-être pas possible de se procurer à un coût acceptable. Aussi est-il souhaitable que l'autorité contractante envisage des mesures permettant de limiter la nécessité d'éventuelles modifications. La qualité des études de faisabilité qu'elle requiert et des spécifications fournies pendant la procédure de sélection (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 61 et 64 à 66) est un facteur essentiel si l'on veut éviter d'avoir à modifier ultérieurement le projet.

75. Il faudra que l'accord de projet indique les circonstances précises dans lesquelles l'autorité contractante peut ordonner une modification des spécifications de construction ainsi que l'indemnité devant, comme il convient, être versée au concessionnaire pour couvrir les frais supplémentaires et retards occasionnés par cette modification. L'accord de projet devrait également préciser dans quelle mesure le concessionnaire est tenu d'effectuer ces modifications, s'il peut s'y opposer et pour quels motifs. Conformément à la pratique contractuelle de certains systèmes juridiques, le concessionnaire peut être dégagé de ses obligations si le montant des frais supplémentaires occasionnés par la modification dépasse un plafond donné.

76. À cet égard, plusieurs solutions d'ordre contractuel ont été appliquées dans des contrats de construction de grands ouvrages afin de déterminer dans quelle mesure l'entrepreneur est tenu d'effectuer des modifications et quels ajustements doivent être apportés au prix ou à la durée du contrat. Ces mêmes solutions peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* aux modifications

demandées par l'autorité contractante dans le cadre de l'accord de projet¹. Il faut toutefois noter que, dans les concessions d'infrastructure, la société de projet est rémunérée sous la forme de droits versés par les usagers ou de montants perçus en échange de produits fournis par l'infrastructure et non sous la forme d'une somme globale pour les travaux de construction. C'est pourquoi les mécanismes d'indemnisation utilisés dans le cas des concessions d'infrastructure combinent parfois plusieurs éléments allant du versement de sommes forfaitaires à l'augmentation des redevances en passant par l'extension de la période de concession. Par exemple, certaines modifications risquent d'entraîner des frais supplémentaires que le concessionnaire pourrait prendre à sa charge ou financer lui-même et amortir en ajustant les redevances ou le mécanisme de paiement selon le cas. Si le concessionnaire n'est pas en mesure de financer les modifications à lui seul, les parties souhaiteront peut-être envisager le versement de sommes forfaitaires au lieu de mettre en place une structure de refinancement coûteuse et complexe.

3. Pouvoirs de surveillance de l'autorité contractante

77. Dans certains systèmes juridiques, les autorités publiques passant un contrat de construction se réservent habituellement le droit d'ordonner la suspension ou l'interruption des travaux pour des motifs d'intérêt général. Toutefois, afin de rassurer les investisseurs potentiels, il peut être utile de limiter la possibilité d'une telle intervention et de stipuler que cette interruption ne doit pas dépasser la durée ou l'étendue nécessaire, compte tenu des circonstances ayant donné lieu à la demande de suspension ou d'interruption des travaux. Il peut également être utile de fixer une durée maximum de suspension et de prévoir une indemnisation appropriée du concessionnaire. En outre, des garanties peuvent être données pour assurer l'indemnisation du concessionnaire en cas de pertes occasionnées par la suspension du projet (voir aussi chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 48 à 50).

78. Dans certains systèmes juridiques, les ouvrages devant servir à l'offre de certains services publics passent dans le domaine public une fois leur construction terminée (voir par. 24). Dans ce cas, la législation exige souvent que l'ouvrage achevé soit officiellement approuvé par l'autorité contractante ou par un autre organisme public. Cette approbation officielle n'est généralement donnée qu'après inspection de l'ouvrage achevé et à l'issue d'essais démontrant qu'il est opérationnel et répond aux spécifications techniques et aux critères de sécurité. Même lorsqu'une approbation officielle de l'autorité contractante n'est pas exigée (par exemple, lorsque l'ouvrage reste la propriété du concessionnaire), des dispositions concernant l'inspection finale et l'approbation des travaux de construction par l'autorité contractante sont souvent requises pour assurer la conformité aux réglementations relatives à la santé, à la sûreté, à la construction ou au

¹Pour un examen des options et solutions possibles retenues dans les contrats d'installations industrielles complexes, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10), chap. XXIII, "Clauses de modification".

travail. L'accord de projet devrait déterminer précisément quels seront la nature des essais d'achèvement ou de l'inspection dont l'ouvrage achevé fera l'objet; le calendrier de ces essais (par exemple, il pourrait être opportun d'entreprendre des essais partiels étalés dans le temps plutôt qu'un seul essai final); les conséquences d'un essai non concluant; et qui se chargera d'organiser les ressources utilisées pour les essais et de financer les dépenses correspondantes. Dans certains pays, on a jugé utile d'autoriser l'exploitation de l'installation à titre provisoire en attendant l'approbation finale de l'autorité contractante et de laisser au concessionnaire la possibilité de corriger les vices pouvant être découverts à ce stade.

4. Période de garantie

79. Les contrats de construction négociés par le concessionnaire prévoient généralement une garantie de qualité en vertu de laquelle les entrepreneurs sont responsables des défauts constatés dans les travaux, et des inexactitudes ou insuffisances des documents techniques fournis parallèlement à ces derniers, à l'exception d'exclusions raisonnables (par exemple, usure normale ou maintenance ou exploitation défectueuse par le concessionnaire). D'autres responsabilités peuvent également découler de dispositions législatives ou de principes généraux du droit applicable, telle la période spéciale de responsabilité prolongée en cas de défauts structurels prévue dans certains systèmes juridiques. L'accord de projet devra stipuler que l'approbation finale de l'ouvrage par l'autorité contractante ne dégagera pas les entrepreneurs de leur responsabilité en cas de défaut de l'ouvrage ou d'inexactitude ou insuffisance des documents techniques pouvant être fournis en vertu des contrats de construction et de la loi applicable.

I. Exploitation de l'infrastructure

80. Les conditions d'exploitation et de maintenance de l'ouvrage ainsi que les normes de qualité et de sécurité sont souvent énumérées dans la loi et énoncées de manière détaillée dans l'accord de projet. En outre, plus particulièrement dans les secteurs de l'électricité, de l'eau, de l'assainissement et des transports publics, l'autorité contractante ou un organisme de réglementation indépendant peut exercer une fonction de surveillance de l'exploitation de l'installation. Un examen approfondi des aspects juridiques relatifs aux conditions d'exploitation des infrastructures dépasserait le cadre du présent *Guide*. C'est pourquoi seuls quelques-uns des principaux aspects sont brièvement présentés dans les paragraphes qui suivent.

81. Les dispositions réglementaires concernant l'exploitation des infrastructures et les conditions fixées par la loi pour fournir des services publics répondent à plusieurs objectifs d'intérêt général. Étant donné la durée habituellement longue des projets d'infrastructure, ces dispositions et conditions risquent de devoir être modifiées pendant l'existence de l'accord de projet. Il ne faut toutefois pas oublier que le secteur privé a besoin d'un cadre réglementaire stable et prévisible. Modifier la réglementation ou introduire fréquemment des règles nouvelles et plus strictes risque d'entraver

l'exécution du projet et d'en compromettre la viabilité financière. Par conséquent, si les parties peuvent conclure des arrangements contractuels pour parer aux effets préjudiciables de changements apportés ultérieurement à la réglementation (voir par. 122 à 125), les organismes de réglementation n'en ont pas moins tout intérêt à éviter d'adopter trop de règles ou de modifier trop fréquemment celles qui sont en vigueur.

1. Normes de résultat

82. Les prestataires de services publics doivent généralement satisfaire à un ensemble de normes techniques et de normes de service. Ces normes sont, dans la plupart des cas, trop détaillées pour figurer dans la loi et peuvent être incluses dans des décrets d'application, des réglementations ou d'autres instruments. Les normes de service sont souvent décrites avec beaucoup de précision dans l'accord de projet. Il s'agit notamment de normes de qualité, telles que des critères de pureté et de pression de l'eau; de plafonds concernant les délais de réparation ou le nombre de défauts ou de plaintes; de l'obligation pour les services de transport de respecter les horaires; de l'exigence de continuité de l'approvisionnement; et de normes relatives à la santé, à la sécurité et à l'environnement. La législation peut toutefois énoncer les principes de base qui orienteront l'établissement de normes détaillées ou exiger l'application de normes internationales.

83. L'autorité contractante se réserve généralement le droit de vérifier que la société de projet satisfait aux normes de résultat fixées par voie réglementaire. Le concessionnaire souhaitera éviter autant que possible toute interruption dans le fonctionnement de l'ouvrage et se prémunir contre les conséquences d'une telle interruption. Il voudra être certain que l'exercice de pouvoirs de surveillance ou de réglementation par l'autorité contractante ne perturbera ni n'interrompra indûment le fonctionnement de l'ouvrage et ne lui occasionnera pas de frais supplémentaires excessifs.

2. Extension des services

84. Dans certains systèmes juridiques, une entité qui, dans le cadre d'une concession publique, fournit certains services essentiels (par exemple, de l'électricité ou de l'eau potable) à une collectivité ou à un territoire et à ses habitants est considérée comme tenue d'avoir des installations qui lui permettent raisonnablement de satisfaire la demande de la collectivité ou du territoire en question. Cette obligation non seulement se rapporte à la demande initiale au moment où la concession a été accordée mais implique également la nécessité de tenir compte de la croissance de la collectivité ou du territoire desservi et de développer progressivement l'installation dans la mesure nécessaire pour répondre à la demande raisonnable de cette collectivité ou de ce territoire. Dans certains systèmes juridiques, l'obligation relève d'un devoir public qui peut être invoqué par tout membre de la collectivité ou résident du territoire concerné. Dans d'autres, il s'agit d'une obligation légale ou contractuelle que peuvent faire respecter l'autorité contractante ou un organisme de réglementation, selon le cas.

85. Dans certains systèmes juridiques, cette obligation n'est ni absolue ni illimitée. Le devoir qu'a le concessionnaire de développer ses installations peut en effet dépendre de plusieurs facteurs tels que la nécessité et le coût d'une telle extension ainsi que les recettes qui peuvent en être escomptées; la situation financière du concessionnaire; l'intérêt général que présente l'extension; et l'étendue des obligations assumées à cet égard par le concessionnaire au titre de l'accord de projet. Dans certains systèmes juridiques, le concessionnaire peut être tenu de développer ses installations même si cette extension n'est pas rentable dans l'immédiat ou même si, du fait de l'extension, le territoire desservi par le concessionnaire risque à terme d'inclure des zones non rentables. Cette obligation est néanmoins soumise à certaines restrictions, puisque le concessionnaire n'est pas tenu de procéder à des extensions qui constituent une charge excessive pour lui ou ses clients. Suivant le cas, le coût des extensions peut être pris en charge par le concessionnaire, répercuté sur les clients ou utilisateurs finaux sous la forme d'augmentations de redevances ou de charges exceptionnelles ou encore financé en tout ou en partie par l'autorité contractante ou par un autre organisme public au moyen de subventions ou d'aides. Étant donné la diversité des facteurs qui peuvent devoir être pris en considération pour évaluer le caractère raisonnable d'une extension donnée, l'accord de projet devrait définir les circonstances dans lesquelles le concessionnaire peut être contraint de développer ses installations de service ainsi que les méthodes appropriées permettant de financer les dépenses occasionnées par une telle extension.

3. *Continuité du service*

86. Les prestataires de services publics sont également tenus d'assurer la continuité du service fourni dans la plupart des circonstances, sauf lorsque surviennent des événements exonérateurs bien définis (voir aussi par. 132 à 134). Dans certains systèmes juridiques, il s'agit d'une obligation légale qui s'applique même lorsqu'elle n'est pas expressément stipulée dans l'accord de projet. Le corollaire de cette règle, dans les systèmes juridiques où elle existe, est que les différentes circonstances qui, conformément aux principes généraux du droit des contrats, pourraient autoriser l'une des parties au contrat à suspendre ou à interrompre l'exécution de ses obligations (difficultés économiques ou non-respect des obligations par l'autre partie) ne peuvent être invoquées par le concessionnaire pour suspendre ou interrompre, en tout ou en partie, la prestation d'un service public. Dans certains systèmes juridiques, l'autorité contractante peut même jouir de pouvoirs d'exécution spéciaux l'autorisant à obliger le concessionnaire à reprendre sa prestation en cas d'interruption illégale.

87. Cette obligation doit, elle aussi, revêtir un caractère raisonnable. Plusieurs systèmes juridiques reconnaissent au concessionnaire le droit de recevoir une juste indemnité s'il doit fournir ses services dans des situations difficiles (voir par. 126 à 130). En outre, dans certains systèmes juridiques, on considère qu'un prestataire de services publics peut ne pas être tenu de fournir ses services s'il encourt des pertes. Si le service public dans son ensemble, et pas seulement une ou plusieurs de ses branches ou encore un ou plusieurs territoires desservis par lui, n'est plus rentable, le concessionnaire

peut prétendre à une indemnité directement versée par l'autorité contractante ou être habilité à résilier l'accord de projet. Or, la résiliation de l'accord exige en principe le consentement de l'autorité contractante ou une décision juridictionnelle. Dans les systèmes juridiques qui admettent une telle solution, il est souhaitable de préciser dans l'accord de projet quelles circonstances exceptionnelles justifieront la suspension du service, voire libéreront le concessionnaire des obligations qu'il a souscrites au titre de l'accord de projet (voir aussi chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 34).

4. Égalité de traitement des clients ou usagers

88. Les entités fournissant certains services au grand public sont, dans certains systèmes juridiques, spécifiquement tenues d'accorder des conditions essentiellement identiques à tous les usagers et clients appartenant à la même catégorie. Ces systèmes juridiques acceptent toutefois les distinctions fondées sur une classification raisonnable et objective des clients et usagers à condition que les mêmes services soient fournis au même moment aux consommateurs et usagers exerçant les mêmes activités dans les mêmes circonstances. Il n'est donc probablement pas contraire au principe de l'égalité de traitement de pratiquer des prix ou d'offrir des conditions d'accès différents à différentes catégories d'usagers (par exemple, les particuliers d'une part et les entreprises et industries de l'autre), pourvu que cette distinction se fonde sur des critères objectifs et corresponde à des différences réelles dans la situation des consommateurs ou dans les conditions auxquelles leur sont fournis les services. Néanmoins, si les redevances ou d'autres conditions peuvent varier compte tenu de réelles différences dans les services fournis (par exemple, tarification plus élevée pour les services fournis aux heures de pointe), ces variations doivent en principe être proportionnelles aux différences.

89. Outre les distinctions établies par le concessionnaire lui-même, certains usagers ou clients peuvent bénéficier d'un traitement différent suite à l'intervention du législateur. Dans de nombreux pays, la loi exige que certains services soient fournis à des conditions particulièrement favorables à certaines catégories d'usagers et de clients (par exemple, services de transports à prix réduits pour les écoliers ou les personnes âgées ou encore tarification réduite de l'eau ou de l'électricité pour les usagers à faibles revenus ou vivant en zone rurale). Les prestataires de services publics peuvent compenser les charges ou coûts liés à ces services de plusieurs manières, notamment au moyen de subventions publiques, de fonds ou d'autres mécanismes officiels créés pour répartir la charge financière découlant de ces obligations entre tous les prestataires de services publics ou encore grâce à des subventions internes croisées provenant d'autres services rentables (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 42 à 44).

5. Raccordement et accès aux réseaux d'infrastructure

90. Les sociétés exploitant des réseaux d'infrastructure dans des secteurs comme les transports ferroviaires, les télécommunications ou la distribution

d'électricité ou de gaz sont parfois tenues d'autoriser d'autres sociétés à accéder à ces réseaux. Cette obligation peut être énoncée dans l'accord de projet ou dans des lois ou réglementations propres à chaque secteur. Des règles de raccordement et d'accès aux réseaux ont soit été introduites dans certains secteurs d'infrastructure afin de compléter les réformes structurelles engagées dans un secteur donné, soit été adoptées pour stimuler la concurrence dans des secteurs qui demeuraient pleinement ou partiellement intégrés (pour une brève analyse de la structure des marchés, voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 21 à 46).

91. Les exploitants de réseaux sont souvent tenus d'offrir un accès à des conditions justes et non discriminatoires du point de vue tant financier que technique. Par non-discrimination, on entend que le nouvel entrant ou prestataire de services peut utiliser l'infrastructure de l'exploitant à des conditions au moins aussi favorables que celles que ce dernier accorde à ses propres services ou à ceux des prestataires concurrents. Il est cependant à noter que de nombreux régimes d'accès aux pipelines, par exemple, n'imposent pas de conditions rigoureusement égales au transporteur et aux utilisateurs concurrents. L'obligation d'accès peut en quelque sorte être pondérée: elle peut, par exemple, se limiter à la capacité non utilisée ou être soumise à des conditions raisonnables plutôt qu'à l'égalité.

92. L'établissement des prix d'accès se fondant généralement sur les coûts d'utilisation, les organismes de réglementation conservent souvent le droit de contrôler les redevances d'accès afin de s'assurer qu'elles sont suffisamment élevées pour inciter à investir dans l'infrastructure nécessaire et suffisamment basses pour permettre aux nouveaux entrants de soutenir la concurrence dans des conditions équitables. Lorsque l'exploitant du réseau offre des services en concurrence avec d'autres prestataires, il peut s'avérer nécessaire de comptabiliser ses activités à part afin de déterminer le coût réel de l'utilisation, par les tierces parties, du réseau ou d'éléments de ce dernier.

93. Les conditions techniques d'accès peuvent également être déterminantes et il peut être demandé aux exploitants d'adapter leur réseau pour satisfaire aux demandes d'accès des nouveaux entrants. L'accès peut être accordé à l'ensemble du réseau ou à des éléments ou segments monopolistes de ce dernier (également appelés, parfois, installations engorgées ou essentielles). De nombreux États autorisent les prestataires de services à construire leur propre infrastructure ou à utiliser, lorsqu'elle existe, une infrastructure de substitution. Dans ce cas, le prestataire de services peut n'avoir besoin d'accéder qu'à une petite partie du réseau et ne peut pas, selon de nombreuses réglementations, être contraint de payer davantage que le coût correspondant à l'utilisation de l'installation précise dont il a besoin, qu'il s'agisse d'un circuit local de télécommunications, de la capacité de transmission pour la distribution d'électricité ou de l'utilisation d'un tronçon de voie ferrée.

6. *Obligation d'information*

94. De nombreuses législations nationales font obligation aux prestataires de services publics de fournir aux organismes de réglementation des

renseignements précis et actualisés sur leur fonctionnement et confèrent à ces mêmes organismes des droits spécifiques leur permettant de faire respecter cette obligation, tels que le droit de procéder à des enquêtes et à des audits, en particulier à une vérification détaillée des résultats et à des enquêtes de conformité, d'imposer des sanctions aux sociétés qui refusent de coopérer et de prononcer des injonctions ou d'infliger des pénalités pour contraindre les sociétés à communiquer les renseignements requis.

95. Les prestataires de services publics ont généralement l'obligation de tenir à jour et de communiquer à l'organisme de réglementation leurs comptes et états financiers ainsi que de tenir une comptabilité détaillée permettant à cet organisme de suivre les différents aspects de leur activité séparément. Il peut aussi être nécessaire de surveiller de près les transactions financières entre la société concessionnaire et ses filiales, car celle-ci peut tenter de transférer des bénéfices vers des entreprises non réglementées ou vers des filiales étrangères. Il peut également être fait obligation aux exploitants d'infrastructures de rendre compte dans le détail de leurs moyens techniques et de leurs résultats. Toutefois, il importe, en règle générale, d'imposer des limites raisonnables à la portée et à la nature des renseignements demandés aux exploitants d'infrastructures. En outre, il faudrait prendre des mesures appropriées pour préserver le secret de toute information confidentielle que la société concessionnaire et ses filiales pourraient fournir à l'organisme de réglementation.

7. Pouvoirs conférés au concessionnaire pour faire respecter les obligations

96. Dans les pays où l'attribution de concessions pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, le concessionnaire peut avoir le pouvoir de fixer des règles destinées à faciliter la fourniture du service (instructions destinées aux usagers, règles de sécurité), de prendre des mesures raisonnables pour veiller au respect de ces règles et de suspendre la fourniture du service en cas d'urgence ou pour des raisons de sécurité. Pour ce faire, la plupart des systèmes juridiques exigent un texte législatif de caractère général, voire une autorisation du législateur au cas par cas. Toutefois, l'étendue des pouvoirs ainsi délégués étant généralement définie dans l'accord de projet, il n'est pas nécessaire de la déterminer avec précision dans la législation. Il serait souhaitable de prévoir que les règles édictées par le concessionnaire doivent prendre effet sur approbation de l'organisme de réglementation ou de l'autorité contractante, selon le cas. Le droit d'approuver les règles de fonctionnement proposées par le concessionnaire ne devrait toutefois pas être arbitraire et le concessionnaire devrait être habilité à faire appel d'une décision rejetant les règles ainsi proposées (voir aussi chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 49 et 50).

97. Il importe particulièrement au concessionnaire de savoir si la fourniture du service peut être interrompue en cas de défaillance ou de non-respect des obligations de la part des usagers. Bien que le concessionnaire soit généralement tenu d'assurer la continuité du service (voir par. 86 et 87), de nombreux systèmes juridiques reconnaissent aux entités fournissant des services publics le droit d'établir et de faire appliquer des règles prévoyant

l'interruption du service si un consommateur ou usager omet de payer ou enfreint gravement les conditions d'utilisation. Ce droit est souvent jugé indispensable pour prévenir les abus et garantir la viabilité économique du service. Toutefois, étant donné le caractère essentiel de certains services publics, l'exercice de ce droit peut être soumis à l'autorisation des organes législatifs dans certains systèmes juridiques. Il peut également être soumis à un certain nombre de restrictions ou conditions expresses ou implicites, telles que l'obligation de notification préalable et la possibilité pour les consommateurs d'exercer des recours. D'autres restrictions et conditions peuvent découler de l'application des règles générales de protection des consommateurs (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 45 et 46).

J. Arrangements contractuels généraux

98. La présente section examine les arrangements contractuels qui figurent généralement dans les accords de projet conclus dans différents secteurs et qui trouvent souvent leur expression dans les clauses contractuelles standard utilisées par les autorités contractantes nationales. Bien qu'essentiellement contractuels par nature, les arrangements en question peuvent avoir d'importantes incidences sur la législation du pays hôte en fonction de son système juridique.

1. Sous-traitance

99. En raison de la complexité des projets d'infrastructure, le concessionnaire s'assure généralement les services d'une ou plusieurs entreprises de construction qui exécutent en tout ou en partie les travaux dans le cadre de l'accord de projet. Le concessionnaire souhaitera peut-être aussi s'assurer les services d'entrepreneurs expérimentés dans l'exploitation et la maintenance d'infrastructures pendant la phase d'exploitation du projet. Les lois de certains pays reconnaissent généralement au concessionnaire le droit de conclure les contrats nécessaires à l'exécution des travaux de construction. Une disposition législative lui reconnaissant le droit de sous-traiter peut s'avérer particulièrement utile dans les pays où la possibilité pour les entrepreneurs publics de conclure des contrats de sous-traitance est restreinte.

a) Choix des sous-traitants

100. Dans certains pays, la liberté laissée au concessionnaire d'engager des sous-traitants est limitée par des règles qui prescrivent le recours à des appels d'offres et à des procédures similaires pour l'octroi de contrats de sous-traitance par les prestataires de services publics. Ces règles ont souvent été adoptées à une époque où les infrastructures étaient principalement ou exclusivement exploitées par l'État et où les investissements du secteur privé étaient peu importants, voire marginaux. Elles ont pour but d'assurer une utilisation mesurée, rationnelle, intègre et transparente des fonds publics. Toutefois, dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé, elles risquent de décourager les investisseurs potentiels, étant donné que les promoteurs du projet comptent généralement parmi eux des sociétés

d'ingénierie et des entreprises de construction qui participent au projet dans l'espoir de se voir attribuer les principaux contrats pour l'exécution des travaux de construction et autres.

101. La latitude dont dispose le concessionnaire pour sélectionner ses sous-traitants n'est pas illimitée pour autant. Dans certains pays, le concessionnaire doit indiquer, dans sa proposition, les entrepreneurs qui seront retenus et fournir des informations sur leurs compétences techniques et leur situation financière. D'autres pays soit exigent que ces éléments d'information soient communiqués lors de la conclusion de l'accord de projet, soit soumettent ce type de contrat à l'examen et à l'approbation préalables de l'autorité contractante. Ces dispositions visent à éviter d'éventuels conflits d'intérêt entre la société de projet et ses actionnaires, aspect qui, en principe, intéresse également les prêteurs, qui souhaiteront peut-être s'assurer que les entrepreneurs de la société de projet ne sont pas surpayés. En tout état de cause, si l'on juge nécessaire de conférer à l'autorité contractante le droit d'examiner et d'approuver les contrats de sous-traitance conclus par la société de projet, l'accord de projet devra déterminer clairement le but de ces procédures d'examen et d'approbation ainsi que les circonstances dans lesquelles l'autorité contractante peut refuser de donner son approbation. En règle générale, aucun refus ne doit normalement être opposé sauf s'il apparaît que les contrats de sous-traitance contiennent des dispositions manifestement contraires à l'intérêt général (par exemple, dispositions prévoyant une rémunération excessive des sous-traitants ou limitation abusive de la responsabilité) ou contraires aux règles impératives de droit public applicables à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé dans le pays hôte.

b) Droit applicable

102. Le concessionnaire et ses entrepreneurs choisiront habituellement un droit qu'ils connaissent bien et qui, à leur avis, règle de manière satisfaisante les questions sur lesquelles portent leurs contrats. Selon le type de contrat, la clause relative au droit applicable suscitera différentes questions. S'agissant, par exemple, des contrats de fourniture de matériel et autres contrats conclus avec des sociétés étrangères, les parties souhaiteront sans doute choisir un droit dont elles savent qu'il offre, par exemple, un régime de garantie satisfaisant en cas de panne ou de vice du matériel. Le concessionnaire, à son tour, pourra accepter l'application du droit du pays hôte aux contrats conclus avec des clients locaux.

103. Il est rare que la législation interne spécifique aux projets d'infrastructure à financement privé contienne des dispositions relatives au droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire. En fait, la plupart des pays n'ont pas jugé nécessaire de prendre des dispositions spécifiques relatives au droit applicable aux contrats conclus entre le concessionnaire et ses entrepreneurs, cette question devant être réglée par une clause contractuelle ou par les règles applicables du droit international privé. On notera, cependant, que la liberté de choisir le droit applicable pour la conclusion de contrats et l'établissement d'autres relations juridiques est, dans certains systèmes juridiques, soumise à des conditions et à des

restrictions en application de règles du droit international privé ou de certaines règles de droit public du pays hôte. Par exemple, les États parties à certains accords d'intégration économique régionale sont tenus d'adopter des dispositions harmonisées du droit international privé traitant entre autres des contrats conclus entre des prestataires de services publics et leurs entrepreneurs. Tandis que les règles du droit international privé accordent souvent une liberté considérable pour ce qui est de choisir la loi régissant les contrats commerciaux, cette liberté est, dans certains pays, limitée pour les contrats et autres types de relations juridiques qui ne sont pas qualifiés de commerciaux comme, par exemple, certains contrats conclus par des organismes publics du pays hôte (par exemple, garanties et assurances données par les pouvoirs publics, engagements d'achat d'énergie ou d'approvisionnement en combustible pris par un organisme public) ou les contrats conclus avec des consommateurs.

104. Certains pays ont inclus dans leur droit interne des dispositions tendant à préciser que les contrats conclus entre le concessionnaire et ses entrepreneurs sont régis par le droit privé et que lesdits entrepreneurs ne sont pas des préposés de l'autorité contractante. Dans certains pays, de telles dispositions peuvent avoir plusieurs conséquences dans la pratique: par exemple, l'autorité contractante n'encourt aucune responsabilité subsidiaire à raison des actes des sous-traitants, et l'organisme public qui est le maître de l'ouvrage n'a aucune obligation d'indemnisation en cas de maladie ou d'accident du travail ou de décès des employés des sous-traitants.

2. Responsabilité à l'égard des usagers et des tiers

105. La construction ou l'exploitation défectueuse d'un ouvrage d'infrastructure peut entraîner des lésions corporelles ou le décès d'employés du concessionnaire, d'usagers de l'ouvrage ou de tiers, ou endommager leur bien. Les questions relatives aux dommages-intérêts à verser aux tiers dans ces cas sont complexes et sont souvent régies non par les règles du droit applicable à l'accord de projet régissant la responsabilité contractuelle, mais plutôt par les règles légales régissant la responsabilité extra-contractuelle, ces dernières étant souvent impératives. Par ailleurs, certains systèmes juridiques comprennent des règles impératives spéciales régissant la responsabilité extra-contractuelle des organismes publics auxquelles l'autorité contractante peut être soumise. En outre, l'accord de projet ne peut pas limiter l'obligation qu'a le concessionnaire ou l'autorité contractante d'indemniser des tiers qui ne sont pas parties à l'accord de projet. Il est donc souhaitable que l'autorité contractante et le concessionnaire prévoient la répartition interne des risques entre eux s'agissant des dommages-intérêts à verser à des tiers en cas de décès, de lésions corporelles ou d'endommagement de leur bien, dans la mesure où cette répartition n'est pas régie par des règles impératives. Il est également souhaitable que les parties prévoient une assurance contre ces risques (voir par. 119 et 120).

106. Si un tiers est blessé ou si son bien est endommagé du fait de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage et s'il porte plainte contre l'autorité contractante, la loi peut prévoir que le concessionnaire endosse seul une responsabilité à cet égard et que l'autorité contractante n'endosse aucune

responsabilité vis-à-vis de telles plaintes de tiers, sauf lorsque le dommage a été causé par un manquement grave ou une négligence de sa part. Il pourra être utile de prévoir, en particulier, que la seule approbation par l'autorité contractante de la conception ou des spécifications de l'ouvrage ou des travaux de construction ou l'autorisation finale d'exploitation de l'ouvrage en vue de son utilisation par le public ne suppose pas la reconnaissance, par cette autorité, d'une responsabilité en cas de dommages subis par les usagers de l'ouvrage ou par des tiers découlant de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage ou de l'inadéquation de la conception ou des spécifications approuvées. En outre, comme une disposition concernant la répartition des responsabilités peut ne pas être opposable à des tiers en vertu du droit applicable, il peut être souhaitable que l'accord de projet stipule que l'autorité contractante sera protégée et indemnisée en cas d'action en dommages-intérêts intentée par des tiers victimes de lésions corporelles ou de dommages causés à leur bien résultant de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage.

107. L'accord de projet devra également stipuler que les parties devront se tenir mutuellement informées de toute action ou procédure, en cours ou prévue, intentée contre elles et pour laquelle l'autorité contractante a le droit d'être indemnisée, et s'accorder mutuellement une assistance raisonnable pour se défendre contre ladite action ou procédure dans la mesure autorisée par la loi du pays où cette procédure est engagée.

3. Garanties de bonne exécution et assurance

108. Aux obligations du concessionnaire s'ajoute généralement la fourniture d'une forme quelconque de garantie de bonne exécution en cas de manquement et d'assurance contre un certain nombre de risques. Dans certains pays la législation exige généralement que le concessionnaire fournisse des garanties de bonne exécution suffisantes et renvoie, pour le détail, à l'accord de projet. Dans d'autres, elle comprend des dispositions plus détaillées, exigeant, par exemple, l'offre d'un certain type de garantie jusqu'à un pourcentage donné de l'investissement de base.

a) Types, fonctions et nature des garanties de bonne exécution

109. Les garanties de bonne exécution sont généralement de deux types. Selon le premier – la garantie de bonne exécution monétaire –, le garant s'engage uniquement à verser à l'autorité contractante des fonds jusqu'à une certaine hauteur pour liquider les responsabilités du concessionnaire dans l'éventualité d'une défaillance de ce dernier. Les garanties de bonne exécution monétaires peuvent prendre la forme d'une obligation contractuelle, d'une lettre de crédit stand-by ou d'une garantie à première demande. Selon le deuxième – la caution de bonne fin –, le garant choisit l'une des deux options suivantes: a) rectifier une construction défectueuse ou achever une construction incomplète lui-même; ou b) obtenir qu'un autre entrepreneur rectifie une construction défectueuse ou achève une construction incomplète ou indemnise l'autorité contractante pour les pertes causées par la défaillance. La valeur d'un tel engagement se limite à un montant spécifié ou à un certain pourcentage de la valeur du contrat. Dans le

cadre d'une caution de bonne exécution, le garant se réserve fréquemment, par ailleurs, la possibilité de s'acquitter de ses obligations uniquement par le versement d'une somme d'argent à l'autorité contractante. Les cautions sont généralement accordées par des organismes spécialisés tels que des compagnies de garantie et d'assurance. Un type particulier est la caution de maintenance, qui prémunit l'autorité contractante contre des défaillances futures qui pourraient survenir pendant la période de démarrage ou de maintenance et sert à garantir que tout travail de réparation ou de maintenance pendant la période de garantie suivant l'achèvement sera dûment effectué par le concessionnaire.

110. S'agissant de leur nature, les garanties de bonne exécution peuvent être généralement divisées en garanties indépendantes et garanties accessoires. Une garantie est dite "indépendante" si l'obligation du garant est indépendante des obligations contractées par le concessionnaire au titre de l'accord de projet. En vertu d'une garantie indépendante (souvent appelée garantie à première demande) ou d'une lettre de crédit stand-by, le garant ou émetteur est tenu d'effectuer un versement à la demande du bénéficiaire, ce dernier étant habilité à faire valoir son droit de recouvrement en vertu de l'instrument s'il présente le ou les documents stipulé(s) dans les clauses de la garantie ou de la lettre de crédit stand-by. Ce document peut être simplement une déclaration du bénéficiaire selon laquelle l'entrepreneur manque à ses obligations. Le garant ou émetteur n'est pas autorisé à retenir le versement au motif qu'il n'y a eu, en fait, aucune défaillance au titre du contrat principal; cependant, en vertu du droit applicable à l'instrument, le versement peut être, dans des circonstances très exceptionnelles et très étroitement définies, refusé ou retenu (lorsque la réclamation du bénéficiaire est manifestement frauduleuse, par exemple). Par opposition, une garantie est accessoire lorsque l'obligation du garant implique davantage que le simple examen d'une demande documentaire de versement, en ce que le garant peut avoir à évaluer les preuves de responsabilité de l'entrepreneur pour une défaillance au titre du contrat de travail. La nature du lien peut varier selon les garanties et peut comprendre la nécessité de prouver la responsabilité de l'entrepreneur dans une procédure d'arbitrage. Par leur nature, les cautions de bonne exécution ont un caractère accessoire au contrat sous-jacent.

b) Avantages et inconvénients des différents types de garantie de bonne exécution

111. Du point de vue de l'autorité contractante, les garanties de bonne exécution monétaires peuvent être particulièrement utiles pour couvrir les coûts supplémentaires qu'elle peut encourir en cas de retard ou de manquement du concessionnaire. Ces garanties peuvent également servir à inciter le concessionnaire à achever la construction dans les temps et à s'acquitter de ses autres obligations conformément aux dispositions de l'accord de projet. Cependant, leur montant ne représente généralement qu'une fraction de la valeur économique de l'obligation garantie et n'est généralement pas suffisant pour couvrir le coût de l'exécution des travaux par une tierce partie en lieu et place du concessionnaire ou de ses entrepreneurs.

112. Du point de vue de l'autorité contractante, une garantie à première demande présente l'avantage d'assurer un recouvrement rapide des fonds couverts par la garantie sans avoir à prouver la défaillance de l'entrepreneur ni l'ampleur de la perte du bénéficiaire. De surcroît, les garants offrant des garanties de bonne exécution monétaires, en particulier les banques, préfèrent des garanties à première demande, car les conditions de mise en jeu de leur obligation de payer sont clairement définies. Ils ne seront donc pas impliqués dans des différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire quant à savoir s'il y a eu ou non défaillance au titre de l'accord de projet. Un autre avantage, pour une banque émettant une garantie à première demande, est la possibilité d'un recouvrement rapide et efficace des sommes versées au titre d'une garantie à première demande par accès direct aux biens du concessionnaire.

113. L'un des inconvénients, pour l'autorité contractante, d'une garantie à première demande ou d'une lettre de crédit stand-by est que ces instruments peuvent majorer le coût total du projet, le concessionnaire étant généralement obligé d'obtenir et de conserver d'importantes contre-garanties en faveur des institutions émettant la garantie à première demande ou la lettre de crédit stand-by. Par ailleurs, un concessionnaire qui fournit une telle garantie peut souhaiter s'assurer contre le risque d'un recouvrement par l'autorité contractante en vertu de la garantie ou de la lettre de crédit stand-by alors qu'il n'y a eu, en fait, aucune défaillance de sa part. Or, le coût de cette assurance est inclus dans le coût du projet. Le concessionnaire peut également inclure dans le coût du projet le coût potentiel de toute action qu'il peut avoir à intenter contre l'autorité contractante pour obtenir le remboursement de la somme injustement réclamée.

114. L'un des inconvénients, pour le concessionnaire, d'une garantie à première demande ou d'une lettre de crédit stand-by est que, s'il y a un recouvrement par l'autorité contractante alors qu'il n'y a eu aucune défaillance de sa part, il peut subir une perte immédiate si le garant ou l'émetteur de la lettre de crédit se rembourse sur ses biens après paiement à l'autorité contractante. Le concessionnaire peut également éprouver des difficultés à recouvrer auprès de l'autorité contractante la somme injustement réclamée.

115. Une garantie accessoire exige généralement du bénéficiaire qu'il prouve la défaillance de l'entrepreneur et l'ampleur de la perte subie. De plus, les moyens de défense dont dispose le débiteur, s'il est poursuivi en justice pour défaillance, sont les mêmes que ceux du garant. En conséquence, l'autorité contractante risque de faire face à un différend prolongé si elle fait valoir la garantie. Dans la pratique, ce risque peut être réduit, par exemple, si la présentation de réclamations en vertu de la garantie est soumise à une procédure telle celle prévue au paragraphe j) i) de l'article 7 des Règles uniformes pour les "contract bonds" établies par la Chambre de commerce internationale². Ce paragraphe prévoit que nonobstant tout litige ou différend existant entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire au sujet de l'observation

²Le texte des Règles uniformes pour les "contract bonds" est reproduit dans le document A/AC.9/459/Add.1.

du contrat ou d'une quelconque obligation contractuelle, un défaut sera censé avoir été établi par l'émission d'un certificat de défaut par un tiers (lequel peut être, sans limitation, un architecte ou ingénieur indépendant ou l'auteur d'un référé préarbitral de la CCI) si le "contract bond" le prévoit et si ce certificat, ou une copie certifiée conforme de celui-ci, a été remis au garant. Lorsqu'une telle procédure est adoptée, l'autorité contractante est habilitée à obtenir le paiement en vertu de la garantie même si son droit à ce paiement est contesté par le concessionnaire.

116. À l'image du risque moindre supporté par le garant, la limite monétaire de responsabilité de ce dernier peut être considérablement plus élevée qu'en vertu d'une garantie à première demande et couvrir ainsi un pourcentage plus important des travaux d'exécution prévus dans l'accord de projet. Une caution de bonne exécution peut également être avantageuse si l'autorité contractante est dans l'impossibilité de faire facilement rectifier les défauts ou d'achever la construction elle-même et a besoin de l'assistance d'une tierce partie pour ce faire. Lorsque, cependant, la construction nécessite de recourir à une technologie connue du seul concessionnaire, la rectification des défauts ou l'achèvement des travaux par une tierce personne peut ne pas être envisageable. Dans ce cas, une caution de bonne exécution peut ne pas présenter le dernier avantage mentionné par rapport à une garantie de bonne exécution monétaire. Pour le concessionnaire, les garanties accessoires ont l'avantage de préserver sa capacité d'emprunt car les garanties accessoires, à la différence des garanties à première demande et des lettres de crédit stand-by, n'affectent pas la ligne de crédit qui lui a été accordée par les prêteurs.

117. Il découle de ce qui précède que différents types de garantie peuvent être utiles en fonction des obligations assumées par le concessionnaire. S'il est utile d'exiger de ce dernier qu'il fournisse des garanties suffisantes de bonne exécution, il est souhaitable de laisser aux parties le soin de déterminer la mesure dans laquelle des garanties sont nécessaires et quelles garanties devraient être fournies en fonction des obligations assumées par le concessionnaire plutôt que d'exiger la présence, dans la législation, d'une seule forme de garantie à l'exclusion d'autres. On notera que la société de projet elle-même exigera de ses entrepreneurs qu'ils lui fournissent plusieurs garanties de bonne exécution (voir par. 6) et que des garanties supplémentaires au profit de l'autorité contractante majorent généralement le coût global et la complexité d'un projet. Dans certains pays, les orientations pratiques données aux autorités contractantes nationales leur conseillent d'examiner soigneusement si et dans quelles circonstances ces garanties sont nécessaires, quels risques spécifiques ou pertes elles devraient couvrir et quel type de garantie convient le mieux à chaque cas. L'aptitude de la société de projet à obtenir des financements pour le projet peut être compromise par des contraintes de garantie excessives.

c) Durée des garanties

118. Un problème particulier des projets d'infrastructure à financement privé a trait à la durée de la garantie. L'autorité contractante peut avoir intérêt à obtenir des garanties de bonne exécution qui demeurent valables pendant toute la durée du projet, couvrant à la fois la phase de construction et celle

d'exploitation. Cependant, étant donné la longue durée des projets d'infrastructure et la difficulté d'évaluer les divers risques qui peuvent survenir, il peut être difficile pour le garant d'émettre une caution de bonne exécution pour la durée totale du projet ou de réassurer les obligations qu'il a contractées à ce titre. Dans la pratique, ce problème est exacerbé par la stipulation selon laquelle le non-renouvellement d'une caution de bonne exécution constitue un motif d'appel de la garantie, de sorte que le fait de permettre à la société de projet de ne fournir que des garanties pour des périodes plus courtes peut ne pas être une solution satisfaisante. Une solution possible, utilisée dans certains pays, consiste à exiger des garanties distinctes pour la phase de construction et pour la phase d'exploitation, ce qui permet une meilleure évaluation des risques et offre de meilleures perspectives de réassurance. Un tel système peut être amélioré en définissant précisément le risque à couvrir pendant la période d'exploitation, ce qui permet de mieux évaluer les risques et de réduire le montant total de la garantie. L'autorité contractante peut aussi envisager d'exiger la fourniture de garanties de bonne exécution pendant certaines périodes cruciales plutôt que pour la durée entière du projet. Une caution peut être exigée, par exemple, pendant la phase de construction et s'appliquer pendant une période appropriée après l'achèvement de façon à couvrir d'éventuels défauts tardifs. Une telle caution pourrait ensuite être remplacée par une caution de bonne exécution pour un certain nombre d'années d'exploitation, de façon à permettre à la société de projet de démontrer son aptitude à exploiter l'infrastructure conformément aux normes spécifiées. En cas d'exécution satisfaisante, l'exigence de garantie pourrait être abandonnée pour le reste de la phase d'exploitation jusqu'à une certaine date précédant la fin de la concession, date à laquelle il pourrait être exigé de la société de projet qu'elle émette une autre garantie couvrant ses obligations relatives à la remise des biens et, lorsqu'il y a lieu, aux autres mesures nécessaires à une liquidation ordonnée du projet (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 50 à 62).

d) Mécanismes d'assurance

119. Les mécanismes d'assurance utilisés pour les projets d'infrastructure à financement privé varient généralement en fonction de la phase à laquelle ils s'appliquent, certains types d'assurance n'étant souscrits que pendant une phase particulière du projet. Certaines formes d'assurance, telles que l'assurance "interruption des affaires", peuvent être souscrites par le concessionnaire dans son propre intérêt, tandis que d'autres peuvent être exigées par les lois du pays hôte. Les formes d'assurance souvent exigées par la loi incluent l'assurance contre les dommages causés à l'infrastructure, l'assurance responsabilité civile, l'assurance rémunération des travailleurs et l'assurance contre la pollution et les atteintes à l'environnement.

120. Les polices d'assurance obligatoires en vertu des lois du pays hôte doivent souvent être souscrites auprès d'une compagnie d'assurance locale ou d'une autre institution autorisée à opérer dans le pays, ce qui peut parfois poser un certain nombre de difficultés pratiques. Dans certains pays, le type de couverture généralement offert peut être plus limité que la couverture standard disponible sur le marché international, auquel cas le concessionnaire

peut rester exposé à un certain nombre de risques pouvant dépasser sa capacité d'auto-assurance. Ce risque est particulièrement important s'agissant de l'assurance contre les atteintes à l'environnement. D'autres difficultés peuvent surgir dans certains pays du fait de l'aptitude limitée des assureurs locaux à réassurer les risques sur les marchés internationaux de l'assurance et de la réassurance. En conséquence, la société de projet peut souvent avoir besoin de souscrire une assurance complémentaire en dehors du pays, ce qui majore le coût global de financement du projet.

4. *Changements de circonstances*

121. Les projets d'infrastructure à financement privé portent en général sur une longue période, pendant laquelle de nombreuses circonstances associées au projet peuvent changer. Les conséquences de nombre de ces changements peuvent être automatiquement traitées dans l'accord de projet, soit en prévoyant des arrangements financiers tels qu'une structure tarifaire comportant une clause d'indexation (voir par. 39 à 46), soit en faisant assumer par l'une ou l'autre des parties, expressément ou par exclusion, certains risques (par exemple, si le prix de l'approvisionnement en combustible ou en électricité n'est pas pris en considération dans les mécanismes d'indexation, le risque d'un niveau de prix supérieur à ce qui était envisagé est assumé par le concessionnaire). Toutefois, il existe des changements qui n'entrent pas facilement dans le cadre d'un mécanisme d'ajustement automatique ou que les parties peuvent préférer exclure d'un tel mécanisme. Sur le plan législatif, deux catégories particulières de changement doivent faire l'objet d'une attention particulière: les changements législatifs ou réglementaires et les changements imprévus de la conjoncture économique.

a) Changements législatifs et réglementaires

122. Étant donné la durée des projets d'infrastructure à financement privé, le concessionnaire peut, pour satisfaire aux obligations qu'il a contractées dans le cadre de l'accord de projet, être tenu d'engager des dépenses supplémentaires en raison de changements futurs imprévus de la législation s'appliquant à ses activités. À l'extrême, la législation peut le mettre dans l'impossibilité financière ou matérielle de poursuivre le projet. Pour examiner les solutions appropriées face à des changements législatifs, il peut être utile d'établir une distinction entre les changements qui ont une incidence particulière sur les projets d'infrastructure à financement privé ou sur un projet particulier, d'une part, et les changements législatifs généraux qui touchent également d'autres activités économiques en dehors de l'exploitation des infrastructures.

123. Toutes les organisations commerciales, que ce soit dans le secteur privé ou dans le secteur public, peuvent être visées par des changements de la législation et doivent normalement faire face aux conséquences de ces changements pour leur activité, y compris l'impact sur le prix ou la demande de leurs produits. On peut citer à cet égard plusieurs exemples: changements de la structure des déductions pour amortissement s'appliquant à des catégories entières de biens, qu'ils soient détenus par le secteur public ou par

le secteur privé et liés ou non à des projets d'infrastructure; réglementation touchant la santé et la sécurité des travailleurs du bâtiment pour tous les projets de construction et non pas seulement pour les projets d'infrastructure; et changements de la réglementation concernant l'élimination des substances dangereuses. Les changements généraux de la législation peuvent être considérés comme un risque commercial ordinaire plutôt que comme un risque particulier aux activités du concessionnaire, et l'État peut avoir quelques difficultés à s'engager à protéger les exploitants d'infrastructures contre les conséquences économiques et financières de changements de la législation qui touchent de la même manière d'autres organisations commerciales. C'est pourquoi il n'y a pas, à première vue, de raison pour que le concessionnaire ne supporte pas les conséquences des risques législatifs généraux, y compris le risque de coûts découlant de changements de la loi s'appliquant à l'ensemble du secteur auquel il appartient.

124. Néanmoins, il est important de tenir compte d'éventuelles limites de la capacité du concessionnaire à réagir à des augmentations de coûts résultant de changements législatifs généraux ou à absorber ces augmentations. Les exploitants d'infrastructures sont souvent soumis à des normes en matière de services et à des mécanismes de contrôle des redevances qui font qu'il leur est difficile de prendre les mêmes mesures que d'autres sociétés privées pour s'adapter aux changements de la législation (par exemple, en augmentant leurs redevances ou en réduisant leurs services). Lorsque l'accord de projet prévoit des mécanismes de contrôle des redevances, le concessionnaire cherchera à obtenir de l'autorité contractante et de l'organisme de réglementation, selon le cas, l'assurance qu'il sera autorisé à recouvrer les dépenses supplémentaires qu'entraîneront les changements de la législation en augmentant ses redevances. Lorsqu'il est impossible de donner une telle assurance, il est souhaitable d'habiliter l'autorité contractante à négocier avec le concessionnaire le dédommagement auquel il peut avoir droit si les mesures de contrôle des redevances ne l'autorisent pas à compenser pleinement une augmentation des coûts résultant de changements législatifs généraux.

125. Il en va autrement lorsque le concessionnaire voit ses coûts augmenter en raison de changements dans la législation qui visent le projet qui le concerne, une catégorie de projets analogues ou l'ensemble des projets d'infrastructure à financement privé. De tels changements ne peuvent pas être considérés comme un risque commercial ordinaire et peuvent modifier considérablement les hypothèses économiques et financières sur la base desquelles l'accord de projet a été négocié. Aussi, l'autorité contractante accepte-t-elle souvent de supporter les coûts supplémentaires résultant d'une législation qui vise le projet particulier, une catégorie de projets analogues ou l'ensemble des projets d'infrastructure à financement privé. Ainsi, dans les projets d'autoroutes, la législation visant un projet particulier ou une société d'exploitation de routes, ou encore cette catégorie de projets de routes exploitées par une entreprise privée, peut entraîner un ajustement des redevances au titre des clauses pertinentes de l'accord de projet.

b) Changements de la conjoncture économique

126. Dans certains systèmes juridiques, des règles autorisent une révision des clauses de l'accord du projet à la suite d'un changement des conditions économiques ou financières qui, sans empêcher l'exécution par une partie de ses obligations contractuelles, rend cette exécution considérablement plus onéreuse que ce qui avait été prévu au moment de la conclusion de l'accord. Dans certains systèmes juridiques, la possibilité de révision des clauses de l'accord est généralement implicite dans tous les contrats publics, ou est expressément prévue dans la législation pertinente.

127. Les considérations financières et économiques pour l'investissement du concessionnaire sont négociées à la lumière des hypothèses fondées sur les circonstances prévalant au moment des négociations et les attentes raisonnables des parties sur l'évolution probable de ces circonstances pendant la vie du projet. Dans une certaine mesure, des projections de paramètres économiques et financiers et parfois même une certaine marge de risque seront normalement incluses dans la formulation des propositions financières par les soumissionnaires (voir chap.III, "Sélection du concessionnaire", par.68). Cependant, il peut se produire certains événements que les parties n'auront pas pu raisonnablement anticiper lors de la négociation de l'accord de projet et qui, s'ils avaient été pris en considération, auraient entraîné une répartition différente des risques ou une contrepartie pour l'investissement du concessionnaire. Étant donné la durée des projets d'infrastructure, il importe de concevoir des mécanismes permettant de faire face à l'impact financier et économique de ces événements. Un certain nombre de pays appliquent donc des règles de révision et jugent utile d'aider les parties à trouver des solutions équitables pour assurer la poursuite de la viabilité économique et financière des projets d'infrastructure afin d'éviter une défaillance du concessionnaire qui pourrait avoir des effets négatifs. Toutefois, ces règles peuvent aussi présenter quelques inconvénients, en particulier du point de vue des pouvoirs publics.

128. Comme les changements législatifs de caractère général, les changements de la conjoncture économique sont des risques auxquels s'exposent la plupart des organisations commerciales sans avoir recours à une garantie générale des pouvoirs publics qui les protégerait contre les effets économiques et financiers de ces changements. Si l'autorité contractante s'oblige sans réserve à dédommager le concessionnaire en cas de changement de la conjoncture économique, le secteur public peut se voir transférer une partie considérable des risques commerciaux qui avaient été à l'origine alloués au concessionnaire et qui représentent une obligation financière illimitée. En outre, il convient de noter que le niveau des redevances envisagé et les éléments essentiels de la répartition des risques constituent des facteurs importants, voire décisifs, dans la sélection du concessionnaire. Une possibilité excessivement généreuse de renégociation du projet peut conduire à la soumission de propositions offrant des prix irréalistes pendant la procédure de sélection dans l'espoir d'une augmentation des redevances une fois le projet attribué. L'autorité contractante peut donc avoir intérêt à établir des limites raisonnables dans les dispositions législatives ou

contractuelles autorisant des révisions de l'accord de projet en cas de changement de la conjoncture économique.

129. Il peut être souhaitable de prévoir dans l'accord de projet qu'un changement de circonstances qui justifie une révision de l'accord de projet doit avoir échappé au contrôle du concessionnaire et être d'une nature telle qu'il était impossible d'escompter raisonnablement du concessionnaire qu'il les prenne en considération au moment de la négociation de l'accord ou d'avoir évité ou surmonté ses conséquences. Ainsi, on peut ne pas attendre d'un exploitant d'une route à péage détenteur d'une concession exclusive qu'il prenne en considération et assume le risque de la diminution du trafic routier résultant de l'ouverture ultérieure d'une autre route sans péage par une entité autre que l'autorité contractante. Toutefois, le concessionnaire devra normalement tenir compte de la possibilité d'augmentation raisonnable des coûts de main-d'œuvre au cours de la vie du projet. Ainsi, dans des circonstances normales, le fait que les salaires se révèlent plus élevés que ce qui était prévu ne constituerait pas une raison suffisante pour réviser l'accord de projet.

130. Il peut aussi être souhaitable de prévoir, dans l'accord de projet, que pour qu'une révision dudit accord soit acceptée, il faut que les changements des conditions économiques et financières représentent une valeur minimale donnée proportionnelle au coût total du projet ou aux recettes du concessionnaire. Une telle règle peut être utile pour repousser le recours à des négociations d'ajustement lourdes jusqu'à ce que les changements accumulés représentent un chiffre important. Dans certains pays, des règles établissent un plafond pour le montant cumulatif des révisions périodiques de l'accord de projet. Elles ont pour but d'éviter un recours abusif au mécanisme de changement visant à obtenir un équilibre financier général qui est sans rapport avec celui qui était envisagé dans l'accord de projet initial. Du point de vue du concessionnaire et des prêteurs, toutefois, de telles restrictions peuvent représenter un risque considérable en cas, par exemple, d'augmentation sensible des coûts résultant de profonds changements des circonstances. Il faut donc examiner avec soin à la fois l'opportunité d'introduire un plafond et le niveau auquel il est fixé.

5. Clauses exonératoires

131. Il peut, au cours de la vie d'un projet d'infrastructure, se produire des événements qui empêchent une des parties à l'accord de satisfaire à ses obligations contractuelles. Ces événements échappent normalement au contrôle des parties et peuvent être de nature matérielle telle qu'une catastrophe naturelle, ou le résultat d'une action humaine telle qu'une guerre, des émeutes ou des attaques terroristes. De nombreux systèmes juridiques reconnaissent généralement qu'une partie qui ne peut satisfaire à une obligation contractuelle en raison de certains types d'événements peut être exemptée des conséquences d'une défaillance de ce type.

a) *Définition des empêchements exonérateurs*

132. Les empêchements exonérateurs comprennent généralement les événements qui échappent au contrôle d'une partie et la mettent dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, et qui n'ont pu être surmontés par l'exercice d'une diligence raisonnable. Les cas les plus courants sont les suivants: catastrophes naturelles (par exemple, cyclones, inondations, sécheresses, tremblements de terre, orages, incendies ou foudre); guerre (déclarée ou non) et autre activité militaire, y compris les émeutes et les troubles civils; panne ou sabotage des installations; actes de terrorisme, dommages criminels ou menace de tels actes; contamination radioactive ou chimique ou rayonnements ionisants; effets d'éléments naturels, y compris de conditions géologiques n'ayant pas pu être prévues et combattues; et grève des employés d'une ampleur exceptionnelle.

133. Certaines lois comportent uniquement une référence générale aux empêchements exonérateurs, alors que d'autres contiennent de longues listes de cas déchargeant les parties de l'exécution en vertu de l'accord de projet. Cette dernière méthode peut permettre d'assurer un traitement cohérent de la question pour tous les projets construits dans le cadre de la législation pertinente, ce qui évite ainsi les situations où un concessionnaire obtient une répartition des risques plus favorable que celle qui a été accordée dans le cadre d'autres accords de projet. Toutefois, il est important d'examiner les inconvénients possibles de l'inclusion, dans les dispositions législatives ou réglementaires, d'une liste de cas considérés comme des empêchements exonérateurs dans tous les cas de figure. Cette liste risque en effet d'être incomplète et de ne pas comprendre certains empêchements importants. En outre, certaines catastrophes naturelles telles que les orages, les cyclones ou les inondations, peuvent constituer des conditions normales à un certain moment de l'année sur le site du projet. Ces catastrophes naturelles peuvent donc représenter des risques que tout prestataire de services publics de la région serait tenu d'assumer.

134. Un autre aspect qu'il peut falloir examiner soigneusement est le fait de savoir si et dans quelle mesure certains actes des autorités publiques autres que l'autorité contractante peuvent constituer des empêchements exonérateurs. Le concessionnaire peut être tenu, pour s'acquitter de certaines de ses obligations, d'obtenir une licence ou toute autre approbation officielle. L'accord de projet pourrait donc stipuler que, si la licence ou l'approbation est refusée ou si elle est accordée puis retirée ultérieurement en raison de l'incapacité du concessionnaire à respecter les critères requis pour la délivrance de la licence ou de l'approbation, le concessionnaire ne peut invoquer ce refus comme étant un empêchement exonérateur. En revanche, si la licence ou l'approbation est refusée ou retirée pour des motifs étrangers ou inappropriés, il serait équitable de stipuler que le concessionnaire peut invoquer ce refus comme étant un empêchement exonérateur. Une autre possibilité d'empêchement pourrait être une interruption du projet provoquée par une autorité publique autre que l'autorité contractante qui exigerait, par exemple, en raison d'un changement des plans et des politiques des pouvoirs publics, l'interruption ou une importante révision du projet modifiant considérablement sa conception initiale. Dans ce type de situation, il peut

être important d'examiner la relation institutionnelle existant entre l'autorité contractante et l'autorité publique qui provoque l'empêchement ainsi que leur degré d'interdépendance. Un événement classé comme empêchement exonératoire peut, dans certains cas, représenter une violation délibérée de l'accord de projet par l'autorité contractante selon que celle-ci pouvait raisonnablement contrôler ou influencer les actes de l'autre autorité publique.

b) Conséquences pour les parties

135. Pendant la phase de construction, la survenue d'empêchements exonératoires justifie généralement de prolonger le temps accordé pour achever l'ouvrage. À cet égard, il importe d'examiner les incidences de tout prolongement de ce type sur la durée globale du projet, en particulier lorsque la phase de construction est prise en compte pour calculer la période de concession totale. Les retards dans l'achèvement de l'ouvrage raccourcissent la période d'exploitation et peuvent influencer négativement sur les estimations globales de recettes du concessionnaire et des prêteurs. Il peut donc être souhaitable d'examiner dans quelles circonstances il peut être justifié de prolonger la période de concession de façon à prendre en compte les prolongations éventuelles survenant pendant la phase de construction. Enfin, il est souhaitable de prévoir que, si l'événement en question est de nature permanente, les parties peuvent résilier l'accord de projet (voir aussi chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 34).

136. Une autre question importante est le fait de savoir si le concessionnaire aura droit à une indemnisation pour perte de recettes ou endommagement des biens résultant de la survenue d'empêchements exonératoires. La réponse à cette question est donnée par la répartition des risques prévue dans l'accord de projet. Sauf pour les cas dans lesquels les pouvoirs publics prévoient une forme quelconque d'appui direct, les projets d'infrastructure à financement privé sont généralement exécutés aux propres risques du concessionnaire, y compris le risque de pertes pouvant résulter de catastrophes naturelles et d'autres empêchements exonératoires, contre lequel il est généralement tenu de contracter une assurance adéquate. Ainsi, certaines législations excluent expressément toute forme d'indemnisation du concessionnaire en cas de perte ou dommage résultant de la survenue d'empêchements exonératoires. Il ne s'ensuit pas nécessairement, cependant, qu'un événement qualifié d'empêchement exonératoire ne puisse pas, dans le même temps, justifier une révision des conditions de l'accord de projet de façon à rétablir son équilibre économique et financier (voir par. 126 à 130).

137. Cependant, un type différent de répartition des risques est parfois envisagé pour les projets nécessitant la construction d'ouvrages détenus en permanence par l'autorité contractante ou d'ouvrages qui doivent lui être transférés à la fin de la concession. Dans certains pays, l'autorité contractante est autorisée à prendre des dispositions lui permettant d'aider le concessionnaire à réparer ou à reconstruire des ouvrages endommagés par des catastrophes naturelles ou des événements analogues définis dans l'accord de projet, à condition que la possibilité d'une telle assistance ait été envisagée dans la sollicitation de propositions. Parfois, l'autorité contractante est autorisée à indemniser le concessionnaire en cas d'interruption des

travaux pendant plus d'un certain nombre de jours jusqu'à une durée maximale, si l'interruption est causée par un événement dont le concessionnaire n'est pas responsable.

138. Dans l'éventualité où le concessionnaire serait mis dans l'impossibilité d'exécuter les travaux en raison d'un tel empêchement et dans l'éventualité où les parties ne parviendraient pas à procéder à une révision acceptable du contrat, certaines lois nationales autorisent le concessionnaire à résilier l'accord de projet, sans préjudice de l'indemnisation qui pourrait être due dans ces circonstances (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 34).

139. Les dispositions législatives et contractuelles relatives aux empêchements exonérateurs doivent également être examinées à la lumière des autres règles régissant l'offre du service concerné. La législation de certains pays exige que les prestataires de services publics fassent tout leur possible pour continuer à fournir le service malgré la survenue de circonstances définies comme empêchements contractuels (voir par. 86 et 87). Dans ces cas, il est souhaitable d'examiner dans quelle mesure une telle obligation peut raisonnablement être imposée au concessionnaire et quelle compensation peut être due pour les coûts additionnels et difficultés auxquels ce dernier doit faire face.

6. *Manquements et recours*

140. En règle générale, il existe un grand nombre de recours dont les parties peuvent convenir pour faire face aux conséquences d'un manquement, recours pouvant aller jusqu'à la résiliation de l'accord de projet. Les paragraphes suivants offrent des considérations générales sur les manquements et sur les recours dont peuvent se prévaloir l'une et l'autre parties (voir par. 141 et 142). Ils examinent les incidences législatives de certains types de recours destinés à rectifier les causes du manquement et à assurer la continuité du projet, en particulier l'intervention de l'autorité contractante (voir par. 143 à 146) ou la substitution du concessionnaire (voir par. 147 à 150). Le recours ultime qu'est la résiliation de l'accord de projet et les conséquences de cette résiliation sont examinés ailleurs dans le *Guide* (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", sect. D et E).

a) *Considérations générales*

141. Les recours, en cas de manquement du concessionnaire, incluent généralement les recours habituels prévus dans les contrats de construction ou de services à long terme: déchéance des garanties, sanctions contractuelles et dommages-intérêts spécifiés³. Dans la plupart des cas, ces recours sont

³Pour une analyse des recours utilisés dans les contrats de construction d'installations industrielles complexes, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10), chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution".

contractuels par nature et ne donnent pas lieu à d'importantes considérations législatives. Néanmoins, il importe d'établir des procédures adéquates concernant la constatation et la correction des défaillances. Dans certains pays, pour imposer des sanctions contractuelles, il faut produire les résultats d'inspections officielles et mettre en œuvre d'autres procédures, y compris, avant l'imposition de sanctions plus sévères, l'examen par des agents de rang supérieur de l'autorité contractante. Ces procédures peuvent être complétées par des dispositions établissant une distinction entre les vices qui peuvent être rectifiés et ceux qui ne peuvent pas l'être, et fixant les procédures et recours correspondants. Il est généralement souhaitable d'exiger que le concessionnaire reçoive une notification le mettant en demeure de remédier au manquement dans un délai suffisant. Il peut également être souhaitable d'envisager le versement de pénalités ou de dommages-intérêts spécifiés par le concessionnaire en cas d'inexécution d'obligations essentielles et de préciser qu'aucune sanction ne s'applique en cas d'inexécution d'obligations secondaires ou accessoires et pour lesquelles d'autres recours peuvent être obtenus en vertu de la législation nationale. De surcroît, un système de suivi des résultats prévoyant des sanctions ou des dommages-intérêts spécifiés peut être complété par un programme de bonus payables au concessionnaire dont les résultats iraient au-delà des conditions convenues.

142. Alors que l'autorité contractante peut se prémunir contre les conséquences d'un manquement du concessionnaire par diverses dispositions contractuelles judiciairement exécutoires, les recours dont peut se prévaloir le concessionnaire en cas de manquement de l'autorité contractante peuvent être soumis à un certain nombre de restrictions en vertu du droit applicable. D'importantes restrictions peuvent découler de règles de droit accordant aux autorités publiques l'immunité contre toute poursuite judiciaire et mesure d'exécution. En fonction du statut juridique de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques qui assument des obligations vis-à-vis du concessionnaire, ce dernier peut se voir refuser la possibilité de faire appliquer des mesures d'exécution pour faire respecter des obligations contractées par ces entités publiques (voir chap. VI, "Règlement des différends", par. 33 à 35). Cette situation rend d'autant plus nécessaire de prévoir des mécanismes prémunissant le concessionnaire contre les conséquences d'un manquement de l'autorité contractante, par exemple au moyen de garanties de l'État couvrant certains manquements ou de garanties offertes par des tierces parties telles que des institutions de prêt multilatérales (voir aussi chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 61 à 71).

b) Droits d'intervention de l'autorité contractante

143. Certaines législations nationales autorisent expressément l'autorité contractante à assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage, généralement en cas de défaillance du concessionnaire, en particulier lorsqu'elle est tenue par la loi d'assurer la fourniture effective et permanente du service concerné. Dans certains systèmes juridiques, cette prérogative est considérée comme inhérente à la plupart des contrats publics et peut être présumée exister même lorsqu'elle n'est pas expressément mentionnée dans la législation ou dans l'accord de projet.

144. On notera que le droit qu'a l'autorité contractante d'intervenir, son "droit d'intervention", est une mesure extrême. Les investisseurs risquent en effet de craindre qu'elle ne l'utilise ou menace de l'utiliser afin d'imposer ses propres vues sur la façon dont le service doit être fourni, voire pour prendre le contrôle des biens du projet. Il est donc souhaitable de définir aussi clairement que possible les cas dans lesquels ces droits d'intervention peuvent être exercés. Il importe de les limiter aux cas de dysfonctionnement grave du service et pas uniquement aux cas d'insatisfaction devant les résultats du concessionnaire. Il peut être utile de préciser dans la législation que l'intervention de l'autorité contractante dans le projet est temporaire et est destinée à remédier à un problème spécifique urgent que le concessionnaire n'a pas été en mesure de régler. Le concessionnaire devrait assumer de nouveau la responsabilité de la prestation du service une fois le problème résolu.

145. L'aptitude de l'autorité contractante à intervenir peut être limitée par le fait qu'il peut être difficile de trouver et d'engager immédiatement un sous-traitant capable de mener les activités ayant motivé l'intervention de l'autorité contractante. De surcroît, en intervenant fréquemment, l'autorité contractante peut avoir à assumer de nouveau des risques qui avaient été transférés, dans l'accord de projet, au concessionnaire. Le concessionnaire ne devrait pas compter sur l'intervention de l'autorité contractante pour faire face à un risque particulier au lieu de l'assumer lui-même, comme l'exige l'accord de projet.

146. Il est souhaitable de préciser, dans l'accord de projet, quelle partie supporte le coût d'une intervention de l'autorité contractante. Dans la plupart des cas, c'est le concessionnaire qui devrait supporter les coûts encourus par l'autorité contractante lorsque l'intervention est due à une défaillance qui lui est imputable. Dans certains cas, pour prévenir des différends quant à la responsabilité et au niveau approprié des coûts, l'accord peut autoriser l'autorité contractante à intervenir pour remédier au problème elle-même, puis à facturer le coût réel de cette intervention (y compris ses propres dépenses administratives) au concessionnaire. Lorsque, cependant, cette intervention a lieu suite à la survenue d'un empêchement exonératoire (voir par. 131 à 139), les parties peuvent convenir d'une solution différente, en fonction de la façon dont ce risque particulier a été réparti dans l'accord de projet.

c) Droits d'intervention des prêteurs et transfert obligatoire de la concession

147. Pendant la durée du projet, il peut arriver qu'en raison d'un manquement du concessionnaire ou de la survenue d'un événement extraordinaire échappant au contrôle du concessionnaire, il soit néanmoins de l'intérêt des parties d'écarter une résiliation du projet en permettant la poursuite de celui-ci sous la responsabilité d'un concessionnaire différent. Les prêteurs, dont la principale garantie est liée aux recettes tirées du projet, sont particulièrement préoccupés par le risque d'interruption ou de résiliation du projet avant que les prêts ne soient remboursés. En cas de manquement ou d'empêchement du concessionnaire, les prêteurs auront intérêt à faire en

sorte que les travaux ne soient pas laissés inachevés et que la concession soit exploitée de façon rentable. L'autorité contractante peut également avoir intérêt à ce que le projet soit poursuivi par un nouveau concessionnaire, pour ne pas avoir à intervenir et à le poursuivre sous sa propre responsabilité.

148. Des clauses permettant aux prêteurs de sélectionner, avec l'assentiment de l'autorité contractante, un nouveau concessionnaire pour exécuter le projet dans le cadre de l'accord de projet existant ont été incluses dans plusieurs accords récents portant sur d'importants projets d'infrastructure. Ces clauses sont généralement complétées par un accord direct entre l'autorité contractante et les prêteurs qui accordent des financements au concessionnaire. Ce type d'accord direct a principalement pour objectif de permettre aux prêteurs d'écartier une résiliation par l'autorité contractante lorsque le concessionnaire est défaillant en substituant un concessionnaire qui continuera d'exécuter le projet dans le cadre de l'accord de projet en lieu et place du concessionnaire défaillant. À la différence du droit d'intervention de l'autorité contractante, qu'elle peut exercer en cas de dysfonctionnement spécifique, temporaire et grave du service, le droit d'intervention des prêteurs s'applique aux cas où l'incapacité du concessionnaire à fournir le service est récurrente ou peut raisonnablement être considérée comme irrémédiable. Les pays qui ont récemment recouru à de tels accords directs ont estimé que la possibilité d'écartier une résiliation et de proposer un autre concessionnaire donne aux prêteurs une garantie supplémentaire contre un éventuel manquement du concessionnaire. Dans le même temps, elle permet à l'autorité contractante d'éviter l'interruption résultant d'une résiliation de l'accord de projet et d'assurer ainsi la continuité du service.

149. Dans certains pays, cependant, l'application de ces clauses peut être difficile en l'absence d'autorisation législative. L'incapacité du concessionnaire à s'acquitter de ses obligations est généralement invoquée par l'autorité contractante pour reprendre l'exploitation de l'ouvrage ou résilier l'accord (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 15 à 23). Pour sélectionner un nouveau concessionnaire qui succédera au concessionnaire défaillant, l'autorité contractante doit souvent suivre les mêmes procédures que pour la sélection du concessionnaire initial, et il peut lui être impossible de s'entendre, en consultation avec les prêteurs, sur l'engagement d'un concessionnaire qui n'aurait pas été sélectionné conformément à ces procédures. D'autre part, même lorsque l'autorité contractante est autorisée, en cas d'urgence, à négocier avec un nouveau concessionnaire, il se peut qu'elle doive conclure avec lui un nouvel accord de projet. Or, le nouveau concessionnaire ne sera peut-être pas à même d'assumer totalement les obligations de son prédécesseur.

150. Il peut donc être utile de reconnaître à l'autorité contractante, dans la législation, le droit de conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec l'assentiment de ladite autorité, d'un nouveau concessionnaire chargé d'exécuter l'accord de projet existant dans l'éventualité où le concessionnaire initial ferait gravement défaut à son obligation de fournir le service requis en vertu de l'accord de projet, ou en cas de survenue d'autres événements spécifiés qui pourraient justifier la résiliation de l'accord de projet. L'accord entre l'autorité contractante et les prêteurs devrait notamment préciser les points suivants: les circonstances

dans lesquelles les prêteurs seraient autorisés à substituer un nouveau concessionnaire; les procédures de substitution du concessionnaire; les motifs de refus par l'autorité contractante d'un substitut proposé; et l'obligation qu'auraient les prêteurs d'assurer le service au niveau et dans les conditions stipulées dans l'accord de projet.

V. Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet

A. Remarques générales

1. La plupart des projets d'infrastructure à financement privé sont entrepris pour une certaine période au terme de laquelle le concessionnaire transfère à l'autorité contractante la responsabilité de l'exploitation de l'ouvrage. La section B examine les éléments à prendre en compte lors de l'établissement de la période de concession. La section C traite de la question de savoir si, et dans quelles circonstances, l'accord de projet peut être prorogé. La section D passe en revue les circonstances qui peuvent autoriser la résiliation de l'accord de projet avant la date de son expiration. Enfin, la section E aborde les conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet, y compris le transfert des biens du projet et l'indemnisation à laquelle chacune des parties peut prétendre au moment de la résiliation ainsi que la liquidation du projet.

B. Durée de l'accord de projet

2. La législation de certains pays contient des dispositions qui limitent la durée des concessions de services publics à un certain nombre d'années. Certaines législations posent une limite générale pour la plupart des projets d'infrastructure et des limites spéciales pour les projets réalisés dans des secteurs spécifiques. Dans d'autres pays, enfin, il n'est imposé de durée maximum que dans certains secteurs d'infrastructure.

3. La durée qu'il est souhaitable de donner à l'accord de projet dépend de diverses considérations, par exemple la durée de vie opérationnelle de l'ouvrage, la période pendant laquelle les services à fournir seront requis, la durée de vie utile des biens liés au projet, la rapidité de l'évolution des technologies utilisées ou le temps que le concessionnaire mettra à rembourser ses dettes et à amortir son investissement initial. La notion d'"amortissement" économique, dans ce contexte, renvoie à l'imputation progressive des investissements réalisés sur les recettes du projet dans l'hypothèse où l'infrastructure n'aurait aucune valeur résiduelle à l'expiration du projet. Comme il est difficile de fixer par voie législative une limite de durée qui s'appliquerait à tous les projets d'infrastructure, il est souhaitable d'envisager des solutions qui laissent à l'autorité contractante une certaine marge de manœuvre pour négocier, dans chaque cas, une durée appropriée compte tenu des caractéristiques du projet.

4. Dans certains systèmes juridiques, il existe des dispositions qui exigent que toutes les concessions soient sujettes à une limitation de durée, sans toutefois spécifier le nombre d'années. Parfois, la loi se borne à indiquer les éléments qui doivent être pris en compte pour déterminer la durée de la

concession, comme, par exemple, la nature et le montant de l'investissement que doit effectuer le concessionnaire ou la période normale d'amortissement des ouvrages et installations. Certaines lois portant sur des projets ou des secteurs spécifiques prévoient un système mixte, dans lequel l'accord de projet fixe l'échéance de la concession à la fin d'une période donnée ou à la date, si celle-ci est antérieure, à laquelle le concessionnaire a remboursé intégralement ses dettes et à laquelle a été atteint un certain niveau de recettes de production ou d'utilisation.

5. Toutefois, lorsqu'il est jugé nécessaire de limiter par voie législative la durée de la concession, le délai fixé doit être assez long pour laisser au concessionnaire le temps de rembourser intégralement ses dettes et de dégager un profit raisonnable. Enfin, il peut être utile d'autoriser l'autorité contractante, dans des cas exceptionnels, à convenir de périodes plus longues, compte tenu du montant de l'investissement à effectuer et du temps qu'il faudra pour l'amortir, et sous réserve de procédures d'approbation spéciales.

C. Prorogation de l'accord de projet

6. Dans la pratique contractuelle de certains pays, l'autorité contractante et le concessionnaire peuvent convenir de prolonger une ou plusieurs fois la durée de la concession. Le plus souvent, toutefois, le droit interne n'autorise la prorogation de l'accord du projet que dans des circonstances exceptionnelles. Dans ce cas, au moment de l'expiration de l'accord de projet, l'autorité contractante est normalement tenue de sélectionner un nouveau concessionnaire en recourant habituellement aux mêmes procédures que celles qui ont été appliquées pour sélectionner le concessionnaire dont la concession est arrivée à expiration (pour une description des procédures de sélection, voir chap. III, "Sélection du concessionnaire").

7. Un certain nombre de pays ont jugé utile d'exiger que les concessions exclusives fassent de temps à autre l'objet d'une nouvelle soumission et ne soient pas librement prorogées par les parties. Le renouvellement périodique de l'appel d'offres peut fortement inciter le concessionnaire à obtenir de bons résultats. Pour fixer la période qui s'écoule entre l'attribution initiale de la concession et le premier renouvellement (et les renouvellements ultérieurs) de l'appel d'offres, il faudrait tenir compte du niveau des investissements et des autres risques supportés par le concessionnaire. Par exemple, s'agissant des concessions concernant la collecte de déchets solides, qui n'exigent pas d'investissement lourd en capital fixe, la périodicité peut être relativement courte (par exemple, entre trois et cinq ans), alors que des périodes plus longues seront peut-être souhaitables pour les concessions concernant la distribution d'électricité ou d'eau. Dans la plupart des pays, le renouvellement de l'appel d'offres coïncide avec la fin du projet, mais dans certains, une concession peut être attribuée pour une longue période (par exemple, 99 ans) avec renouvellement périodique de l'appel d'offres (par exemple, tous les 10 ou 15 ans). Dans ce dernier mécanisme, qui a été adopté dans quelques pays, le premier renouvellement intervient avant que le concessionnaire n'ait pleinement recouvré sa mise. À titre de mesure d'incitation à l'égard de l'exploitant titulaire, certaines législations disposent

que la préférence peut être accordée au concessionnaire sur d'autres candidats dans l'octroi de concessions ultérieures pour la même activité. Toutefois, le concessionnaire peut exiger un dédommagement s'il ne remporte pas l'appel d'offres suivant. Dans ce cas, le montant versé par le nouveau concessionnaire peut lui être attribué en totalité ou en partie. Le fait que le candidat sélectionné soit tenu de rembourser le concessionnaire titulaire pour compenser ses droits patrimoniaux et les investissements non encore récupérés réduit le risque à long terme encouru par les investisseurs et les prêteurs et leur offre une précieuse possibilité de sortie (voir par. 39 et 40).

8. Nonobstant ces considérations, il est souhaitable de ne pas exclure totalement la possibilité de négocier, dans certaines circonstances spécifiques, une prorogation de la période de concession. La durée d'un projet d'infrastructure est un des principaux facteurs pris en considération dans la négociation des arrangements financiers et a une incidence directe sur le prix des services fournis par le concessionnaire. Les parties jugeront peut-être que la prorogation de l'accord de projet (venant se substituer à d'autres mécanismes de dédommagement ou associée à ces derniers) peut être une option utile pour faire face à des empêchements ou à d'autres changements de circonstances inattendus intervenant durant la vie du projet. Il peut s'agir d'une des circonstances suivantes: prorogation pour compenser une suspension du projet ou un manque à gagner dû à des empêchements (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 131 à 139); prorogation pour compenser une suspension du projet induite par l'autorité contractante ou par d'autres autorités publiques (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 140 et 141); ou prorogation pour permettre au concessionnaire de recouvrer le coût de travaux supplémentaires qui se sont révélés nécessaires dans l'ouvrage et que le concessionnaire ne pourrait pas recouvrer pendant la durée normale de l'accord de projet sans hausse de coût déraisonnable (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 73 à 76). Pour renforcer la transparence et le sens des responsabilités, dans certains pays la prorogation de la période de concession fait l'objet d'une limite cumulative globale ou doit être approuvée par une autorité publique spécialement désignée.

D. Résiliation

9. Les motifs de résiliation de l'accord de projet avant la date de son expiration et les conséquences d'une résiliation anticipée sont souvent traités dans le droit interne. Habituellement, la loi autorise les parties à résilier l'accord de projet suite à certains types d'événements. L'intérêt majeur de toutes les parties intervenant dans un projet d'infrastructure à financement privé est de veiller à ce que l'ouvrage soit achevé de façon satisfaisante et à ce que le service public considéré soit fourni sans interruption et dans de bonnes conditions. Étant donné les graves conséquences d'une résiliation, le service pouvant en effet être interrompu, voire supprimé, la résiliation devrait dans la plupart des cas être considérée comme une mesure de dernier recours.

Les conditions de l'exercice de ce droit par l'une ou l'autre partie devraient être soigneusement examinées. Elles ne doivent pas nécessairement être identiques, mais il est en général souhaitable en la matière de parvenir à un équilibre à peu près équitable des droits et des conditions pour les deux parties.

10. Outre la nécessité de recenser les circonstances ou les catégories d'événements qui peuvent donner lieu à un droit de résiliation, il est souhaitable que les parties envisagent des procédures appropriées pour déterminer s'il existe des raisons valables de résilier l'accord de projet. Il importe en particulier de savoir si ce dernier peut être résilié unilatéralement ou si cette résiliation requiert une décision d'un organe juridictionnel ou autre de règlement des différends.

11. Habituellement, le concessionnaire n'a pas le droit de résilier sans raison l'accord de projet et, dans certains systèmes juridiques, toute résiliation par le concessionnaire, même en cas de contravention de la part de l'autorité contractante, requiert un jugement définitif. Dans certains pays, cependant, en vertu des règles applicables aux contrats conclus avec des entités publiques, un tel droit peut être exercé par des autorités publiques, sous réserve du versement d'une indemnité au concessionnaire. Dans d'autres pays, toutefois, une exception est faite dans le cas des concessions de services publics, dont la nature contractuelle est jugée incompatible avec des droits de résiliation unilatéraux. Enfin, certains systèmes juridiques ne reconnaissent pas de droits de résiliation unilatéraux aux autorités publiques. Toutefois, les promoteurs du projet et les prêteurs pourraient s'inquiéter du risque de résiliation prématurée ou injustifiée de la part de l'autorité contractante, même lorsque la décision de résilier peut être soumise à examen par le biais du mécanisme de règlement des différends. Il convient également de noter que le fait de donner à l'autorité contractante le droit unilatéral de résilier l'accord de projet ne saurait convenablement remplacer un mécanisme contractuel bien conçu de suivi des résultats ou des garanties d'exécution appropriées (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 80 à 97 et 108 à 120).

12. Ainsi, les dispositions régissant la résiliation devraient être mises en parallèle avec les recours en cas de contravention prévus dans l'accord de projet. En particulier, il est utile d'établir une distinction entre les conditions de résiliation et les conditions d'intervention de l'autorité contractante (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 143 à 146). Il importe aussi de considérer les droits de résiliation de l'autorité contractante par rapport aux accords de financement négociés par le concessionnaire avec ses prêteurs. Dans la plupart des cas, les faits qui peuvent conduire à la résiliation de l'accord de projet constitueraient aussi des cas de défaillance en vertu des accords de prêt, de sorte que la totalité de l'encours de la dette du concessionnaire pourrait devenir immédiatement exigible. Ainsi, il conviendrait d'essayer d'éviter le risque de résiliation en permettant aux prêteurs de proposer un autre concessionnaire lorsque la résiliation de l'accord de projet avec le concessionnaire initial paraît imminente (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 108 à 120).

13. À la lumière de ce qui précède, il est en général souhaitable de prévoir que la résiliation de l'accord de projet sera soumise, dans la plupart des cas, à une conclusion définitive de l'organe de règlement des différends stipulé dans l'accord de projet. Une telle disposition limiterait les craintes que pourrait susciter un recours prématuré ou injustifié à la résiliation. Par ailleurs, cela n'empêcherait pas l'adoption de mesures appropriées pour assurer la continuité du service en attendant la décision finale de l'organe de règlement des différends, pour autant que des recours contractuels en cas de contravention, comme un droit d'intervention de l'autorité contractante et des prêteurs, soient prévus dans l'accord de projet. Dans les pays où une telle exigence ne serait pas conforme aux principes généraux du droit applicable aux contrats publics, il pourrait être important de garantir, pour le moins, que le droit de l'autorité contractante de résilier l'accord de projet ne porte pas préjudice au droit du concessionnaire de solliciter un examen juridictionnel subséquent de la décision prise par l'autorité contractante de résilier l'accord de projet.

1. Résiliation par l'autorité contractante

14. Les droits de résiliation de l'autorité contractante sont liés en général à trois types de situations: manquement grave du concessionnaire; insolvabilité ou faillite du concessionnaire; et résiliation pour des raisons d'intérêt général.

a) Manquement grave du concessionnaire

15. L'autorité contractante a le devoir de faire en sorte que les services publics soient fournis conformément aux lois, règlements et dispositions contractuelles applicables. Aussi, un certain nombre de législations nationales lui reconnaissent-elles expressément le droit de résilier l'accord de projet en cas de manquement du concessionnaire. Mais compte tenu des perturbations qu'entraîne la résiliation et de la nécessité d'assurer la continuité du service, il n'est pas souhaitable de considérer cette mesure comme une sanction chaque fois que les résultats du concessionnaire ne donnent pas satisfaction. Au contraire, il est en général souhaitable de ne recourir à cette solution extrême qu'en cas de défaillance "particulièrement grave" ou "répétée", notamment lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille s'acquitter de ses obligations conformément à l'accord de projet. De nombreux systèmes juridiques utilisent des expressions techniques spécifiques pour caractériser les situations où le degré de manquement d'une partie contractante est tel que l'autre partie peut résilier la relation contractuelle avant sa date d'expiration (par exemple, "contravention essentielle" ou des expressions analogues). Ces situations sont qualifiées dans le *Guide* de "manquements graves".

16. Le fait de circonscrire la possibilité de résiliation aux cas de manquement grave peut donner aux prêteurs et aux promoteurs du projet l'assurance qu'ils seront protégés contre des décisions déraisonnables ou prématurées de la part de l'autorité contractante. La loi peut en général prévoir que l'autorité contractante a le droit de résilier l'accord de projet en cas de manquement grave du concessionnaire, en laissant à l'accord de projet

le soin de définir plus précisément cette notion et, en en donnant, s'il y a lieu, des exemples. D'un point de vue pratique, il n'est pas souhaitable d'essayer, par voie législative ou dans l'accord de projet, de dresser une liste des cas justifiant la résiliation.

17. En règle générale, il est souhaitable d'accorder au concessionnaire un délai supplémentaire pour qu'il s'acquitte de ses obligations et pare aux conséquences de son manquement avant que l'autorité contractante n'utilise un recours. Par exemple, il faudrait l'aviser de la nature des problèmes constatés et lui demander d'y remédier dans un certain délai. Il faudrait également donner aux prêteurs et aux garants, selon le cas, la possibilité de remédier au manquement du concessionnaire, par exemple, en engageant temporairement une tierce partie pour ce faire, conformément aux clauses des cautions de bonne exécution fournies à l'autorité contractante ou aux clauses d'un accord direct passé entre les prêteurs et l'autorité contractante (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 108 à 120 et 147 à 150). L'accord de projet peut également prévoir que, s'il n'est pas remédié aux problèmes avant l'expiration du délai fixé, l'autorité contractante peut résilier l'accord de projet, sous réserve d'en aviser au préalable les prêteurs et de leur donner la possibilité d'exercer dans un certain délai tout droit de substitution dont ils peuvent se prévaloir conformément à un accord direct conclu entre eux et l'autorité contractante. Toutefois, il convient de fixer des délais raisonnables, car l'on ne peut s'attendre à ce que l'autorité contractante supporte indéfiniment le coût d'une violation de l'accord de projet par le concessionnaire. En outre, ces procédures doivent s'entendre sans préjudice du droit de l'autorité contractante d'intervenir pour prévenir le risque d'une interruption du service par le concessionnaire (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 145 et 146).

i) Manquement grave avant le début de la construction

18. En général, le concessionnaire doit prendre un ensemble de mesures avant d'entreprendre les travaux de construction. Certaines peuvent même constituer des conditions préalables à l'entrée en vigueur de l'accord de projet. Parmi les cas qui justifient souvent le retrait de la concession au début de la procédure on citera notamment les suivants:

a) Incapacité d'obtenir les moyens financiers nécessaires, de signer l'accord de projet ou de créer la société de projet dans les délais requis;

b) Incapacité d'obtenir les licences ou les autorisations nécessaires pour mener l'activité qui fait l'objet de la concession;

c) Incapacité d'entreprendre la construction de l'ouvrage, de commencer à exécuter le projet ou de soumettre les plans et les études techniques nécessaires dans les délais fixés à partir de l'attribution de la concession.

19. En principe, la résiliation devrait être réservée aux cas où l'autorité contractante ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire sélectionné prenne les mesures nécessaires pour commencer

à exécuter le projet. À cet égard, il importe que l'autorité contractante prenne en considération toutes les circonstances qui pourraient excuser le retard pris par le concessionnaire pour s'acquitter de ses obligations. En outre, le concessionnaire ne devrait pas subir les conséquences de l'inaction ou d'une erreur de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques. Par exemple, la résiliation de l'accord de projet ne se justifierait normalement pas lorsque le concessionnaire, pour des raisons indépendantes de sa volonté, ne parvient pas à obtenir des pouvoirs publics, dans les délais convenus, les licences et autorisations requises.

ii) Manquement grave pendant la phase de construction

20. Parmi les cas pouvant justifier la résiliation de l'accord de projet pendant la phase de construction on citera notamment les suivants:

- a) Incapacité de respecter les règles de construction, les spécifications ou les normes minimales en matière de conception et d'exécution et incapacité inexcusable d'achever les travaux dans les délais convenus;
- b) Incapacité de fournir ou de renouveler les garanties requises dans les clauses de l'accord;
- c) Violation des obligations légales ou contractuelles essentielles.

21. La résiliation devrait être proportionnée à la gravité du manquement du concessionnaire et aux conséquences de ce manquement pour l'autorité contractante. Par exemple, celle-ci peut avoir un intérêt légitime à préciser la date à laquelle les travaux de construction doivent être achevés et il serait de ce fait justifié qu'elle considère un retard dans l'achèvement des travaux comme un manquement et, donc, comme un motif de résiliation. Toutefois, un retard, en particulier s'il n'est pas excessif au regard des spécifications de l'accord de projet, ne devrait peut-être pas constituer à lui seul une raison suffisante de résiliation lorsque l'autorité contractante est par ailleurs convaincue de l'aptitude du concessionnaire à achever les travaux de construction, conformément aux normes de qualité requises, et de son engagement de mener sa tâche à bien.

iii) Manquement grave pendant la phase d'exploitation

22. Parmi les cas de manquement justifiant en général la résiliation de la concession pendant la phase d'exploitation on citera notamment les suivants:

- a) Grave incapacité de fournir les services conformément aux normes de qualité légales et contractuelles, y compris non-respect des mesures de contrôle des prix;
- b) Suspension ou interruption inexcusables de la fourniture du service considéré sans le consentement préalable de l'autorité contractante;
- c) Grave incapacité du concessionnaire d'assurer la maintenance de l'ouvrage, ainsi que du matériel et des dépendances qui y sont associés conformément aux normes de qualité convenues, ou retard inexcusable dans

l'exécution des travaux de maintenance conformément aux plans, programmes et calendriers convenus;

d) Non-exécution des sanctions infligées par l'autorité contractante ou l'organisme réglementaire, selon le cas, pour violation des obligations du concessionnaire.

23. Pour promouvoir la transparence et l'intégrité dans les affaires publiques, la législation de certains pays prévoit en outre la résiliation de l'accord de projet lorsque le concessionnaire est coupable de fraude fiscale ou d'autres types d'actes frauduleux, ou lorsque ses agents ou salariés sont impliqués dans la corruption d'agents publics ou se livrent à d'autres pratiques de corruption (voir aussi chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 50 à 52). Ces dernières considérations soulignent qu'il importe de concevoir des mécanismes efficaces pour lutter contre la corruption active et passive et pour donner au concessionnaire la possibilité de porter plainte en cas de demandes de versements illégaux ou de contraintes illégales exercées par des fonctionnaires du pays hôte.

b) Insolvabilité du concessionnaire

24. En général, les services d'infrastructure doivent être assurés de manière continue et c'est pourquoi la plupart des législations nationales prévoient que l'accord peut être résilié si le concessionnaire est déclaré insolvable ou en faillite. Afin de garantir la continuité du service, les biens corporels et incorporels qui doivent être cédés à l'autorité contractante peuvent être exclus de la procédure d'insolvabilité et la loi peut exiger l'approbation préalable des pouvoirs publics pour tout acte de disposition, par un liquidateur ou un administrateur de l'insolvabilité, d'une catégorie quelconque de biens détenus par le concessionnaire.

25. Dans un système juridique qui autorise la constitution de sûretés réelles sur la concession elle-même (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 57), la loi dispose habituellement que l'autorité contractante peut, en consultation avec les détenteurs de ces sûretés, désigner un administrateur temporaire pour assurer la continuité du service considéré, en attendant que les créanciers nantis admis dans la procédure d'insolvabilité décident, sur recommandation de l'administrateur de l'insolvabilité, si l'activité doit être poursuivie ou si le droit d'exploiter la concession doit faire l'objet d'une procédure avec mise en compétition.

c) Résiliation pour des raisons d'intérêt général

26. Dans la pratique contractuelle de certains pays, les autorités publiques qui font exécuter des travaux de construction conservent habituellement le droit de résilier le contrat de travaux pour des raisons d'intérêt général (c'est-à-dire sans avoir à fournir de justification, si ce n'est en invoquant l'intérêt de l'État). Dans certains pays de *common law*, ce droit, parfois dénommé droit de "résiliation au gré de l'autorité contractante", ne peut être exercé que s'il est expressément prévu dans une loi ou dans le contrat. Plusieurs systèmes juridiques s'inscrivent dans la tradition romano-germanique

reconnaissent également aux autorités publiques le pouvoir analogue de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt général. Dans certains pays, ce droit peut être tacite au regard de l'autorité contractante publique, même en l'absence d'une disposition légale ou contractuelle explicite à cet effet. Le droit des pouvoirs publics de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt général, dans les systèmes juridiques qui reconnaissent une telle notion, est jugé essentiel pour préserver le pouvoir discrétionnaire des pouvoirs publics d'exercer leurs fonctions qui ont une incidence sur le bien public.

27. Néanmoins, les conditions de l'exercice de ce droit et ses conséquences devraient être soigneusement examinées. Le pouvoir de déterminer ce qui constitue l'intérêt général peut relever de la discrétion des pouvoirs publics, de sorte que la décision de l'autorité contractante de résilier l'accord de projet ne pourrait être contestée que dans des cas particuliers (par exemple, motif illicite, détournement de pouvoir). Toutefois, un droit général et absolu de résilier l'accord de projet pour des raisons d'intérêt général peut représenter un risque impondérable que ni le concessionnaire ni les prêteurs ne seraient prêts à accepter sans garanties suffisantes qu'ils seront rapidement dédommagés pour le préjudice subi. Si elle est envisagée, la possibilité de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt général devrait donc être portée à la connaissance des investisseurs potentiels dès que possible et devrait être expressément mentionnée dans le projet d'accord communiqué avec la sollicitation de propositions (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 67). L'indemnisation exigible en cas de résiliation pour des raisons d'intérêt général peut, dans la pratique, viser les éléments qui sont pris en compte dans le calcul de l'indemnisation due pour résiliation en cas de manquement grave de l'autorité contractante (voir par. 42). En outre, il est en général souhaitable de limiter l'exercice du droit de résilier l'accord de projet aux cas où la résiliation est nécessaire pour des raisons impératives d'intérêt général, qui devraient être interprétées de façon restrictive (par exemple, lorsque des changements majeurs intervenus ultérieurement dans les politiques et plans des pouvoirs publics nécessitent l'intégration d'un projet dans un réseau plus large ou lorsque des changements intervenus dans les plans de l'autorité contractante exigent d'importantes révisions du projet qui affectent sensiblement sa conception initiale ou sa faisabilité commerciale en cas d'exploitation par le secteur privé). En particulier, il n'est pas souhaitable de considérer le droit de résiliation pour des raisons d'intérêt général comme moyen de substitution à d'autres recours contractuels lorsque les résultats obtenus par le concessionnaire ne donnent pas satisfaction (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 140 à 150).

2. Résiliation par le concessionnaire

28. Si dans certains systèmes juridiques l'autorité contractante peut conserver le droit absolu de résilier l'accord de projet, les motifs de résiliation par le concessionnaire sont par contre habituellement limités aux cas de manquement grave de la part de l'autorité contractante ou à d'autres cas exceptionnels, et ne comprennent pas normalement le droit général de résilier l'accord de projet à son gré. En outre, certains systèmes juridiques ne

reconnaissent pas au concessionnaire le droit de résilier l'accord de projet unilatéralement, mais uniquement celui de demander à un tiers, tel que le tribunal compétent, de déclarer la résiliation de l'accord de projet.

a) Manquement grave de l'autorité contractante

29. En général, le droit du concessionnaire de résilier l'accord de projet est limité aux cas où il a été constaté que l'autorité contractante a manqué à une partie importante de ses obligations (notamment incapacité d'effectuer les versements convenus au concessionnaire ou incapacité de délivrer les licences requises pour l'exploitation de l'ouvrage, pour des raisons indépendantes de la volonté du concessionnaire). Dans les systèmes juridiques où l'autorité contractante a le droit de demander que des modifications soient apportées au projet, le concessionnaire peut avoir le droit de résilier l'accord de projet si l'autorité contractante remanie ou modifie le projet initial d'une manière qui accroît sensiblement le montant des investissements requis et si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le montant approprié du dédommagement (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 73 à 76).

30. Outre en cas de manquement grave de la part de l'autorité contractante elle-même, il pourrait être équitable d'autoriser la résiliation du contrat par le concessionnaire si celui-ci ne peut fournir le service en raison de faits imputables à des autorités publiques autres que l'autorité contractante, comme l'incapacité à fournir l'appui nécessaire à l'exécution de l'accord de projet (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 35 à 60).

31. La résiliation du contrat par le concessionnaire ne nécessite peut-être pas toujours une conclusion définitive prononcée par un organe de règlement des différends juridictionnel ou autre, mais il peut y avoir des limites aux recours dont dispose le concessionnaire en cas de manquement de la part de l'autorité contractante. Conformément à une règle de droit appliquée dans de nombreux systèmes juridiques, une partie au contrat peut refuser de s'acquitter de ses obligations en cas de violation par l'autre partie d'une part importante de ses propres obligations. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, cette règle ne s'applique pas aux contrats publics et la loi dispose au contraire que les entrepreneurs publics ne sont pas déchargés de leurs obligations uniquement en raison d'une violation du contrat par l'autorité contractante, à moins que le contrat ne soit annulé en vertu de la décision d'une juridiction étatique ou arbitrale, et seulement après qu'une telle décision a été prise.

32. Les limites au droit du concessionnaire de refuser de s'acquitter de ses obligations visent en général à assurer la continuité des services publics (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 86 et 87). Il convient de noter, toutefois, que si l'autorité contractante peut atténuer les conséquences d'un manquement du concessionnaire en usant de son droit d'intervention, le concessionnaire ne dispose pas en général d'un recours comparable. En cas de manquement grave de l'autorité contractante, il peut subir un préjudice très important,

voire irréparable, en fonction du temps requis pour obtenir une décision finale le libérant de ses obligations en vertu de l'accord de projet. Ces circonstances soulignent l'importance des garanties de l'État concernant les obligations assumées par les autorités contractantes (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 45 à 50) et la nécessité d'autoriser les parties à choisir des mécanismes de règlement des différends rapides et efficaces (voir chap. VI, "Règlement des différends", par. 3 à 42).

b) Évolution des conditions

33. Les législations nationales autorisent souvent le concessionnaire à résilier l'accord de projet si les résultats attendus de lui ont été rendus sensiblement plus onéreux du fait d'une modification imprévue des conditions et que les parties n'ont pu s'entendre sur une révision appropriée de nature à adapter l'accord de projet à l'évolution de la situation (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 126 à 130).

3. Résiliation par l'une ou l'autre partie

a) Empêchement d'exécution

34. Certaines législations prévoient que les parties peuvent résilier l'accord de projet si l'exécution de leurs obligations est rendue définitivement impossible par une circonstance définie dans l'accord de projet comme un empêchement exonératoire (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 132 à 139). À cet égard, il est souhaitable de prévoir dans l'accord de projet que, si l'empêchement exonératoire persiste pendant une certaine période ou si la durée cumulative de deux ou de plusieurs empêchements exonératoires dépasse une certaine période, l'accord peut être résilié par l'une ou l'autre partie. Si l'exécution du projet est rendue impossible pour des motifs juridiques, par exemple en raison d'une modification de la législation ou suite à une décision de justice touchant la validité de l'accord de projet, le droit de résiliation peut ne pas être assorti d'un quelconque délai et peut être exercé dès que la législation a été modifiée ou que tout autre obstacle juridique prend effet.

b) Consentement mutuel

35. Certaines législations nationales autorisent les parties à résilier l'accord de projet par consentement mutuel, sous réserve habituellement de l'approbation d'une autorité supérieure. À cet effet, l'autorité contractante peut avoir besoin de l'autorisation des organes législatifs dans les systèmes juridiques où la résiliation par consentement mutuel risque d'entraîner une interruption du service public dont l'autorité contractante est responsable.

E. Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet

36. En général, le droit du concessionnaire d'exploiter l'ouvrage et de fournir le service requis prend fin au moment de l'achèvement du projet ou de la résiliation de l'accord de projet. À moins que l'infrastructure ne soit détenue définitivement par le concessionnaire, l'expiration ou la résiliation de l'accord de projet nécessite souvent le transfert de biens à l'autorité contractante ou à un autre concessionnaire qui entreprend d'exploiter l'ouvrage. Cette opération peut avoir d'importantes conséquences financières qui doivent être réglées avec soin dans l'accord de projet, en particulier en cas de résiliation par l'une ou l'autre partie. Les parties doivent aussi convenir de diverses mesures de liquidation pour assurer dans de bonnes conditions le transfert de la responsabilité de l'exploitation de l'ouvrage et de la prestation du service.

1. Transfert de biens associés au projet

37. Dans la plupart des cas, les biens corporels et incorporels initialement mis à la disposition du concessionnaire ainsi que d'autres éléments intéressant le projet doivent être rendus à l'autorité contractante au moment de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 23 à 29). Dans un projet type "construction-exploitation-transfert", le concessionnaire serait également tenu de transférer à l'autorité contractante l'infrastructure matérielle et d'autres biens associés au projet au moment de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet. Les biens qui doivent être transférés à l'autorité contractante comprennent souvent des biens incorporels, comme les créances en cours et d'autres droits existant au moment du transfert. En fonction du projet, les biens à transférer peuvent comprendre une technologie ou un savoir-faire particulier (voir par. 51 à 55). Il convient de noter que dans certains projets les biens sont transférés directement du concessionnaire à un autre concessionnaire qui lui succède pour fournir le service considéré.

a) Transfert de biens à l'autorité contractante

38. Différents arrangements peuvent être nécessaires selon le type de biens à transférer (voir. chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 28):

a) *Biens devant être transférés à l'autorité contractante.* Dans la tradition juridique de certains pays, quand le projet a été mené à terme, le concessionnaire est tenu de transférer sans frais à l'autorité contractante ces biens exempts de toute hypothèque et charge, à l'exception des dédommagements pour les améliorations apportées aux biens ou pour leur modernisation en vue d'assurer la continuité du service, dont le coût n'a pas encore été recouvré par le concessionnaire. Dans la pratique, une telle règle présuppose que soient négociés une période de concession suffisamment longue ainsi qu'un niveau de recettes suffisamment élevé pour que le

cessionnaire puisse pleinement amortir son investissement et rembourser intégralement ses dettes. D'autres législations permettent une plus grande souplesse en autorisant l'autorité contractante à dédommager le concessionnaire pour la valeur résiduelle, le cas échéant, des biens qu'il a construits;

b) *Biens pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré.* Si l'autorité contractante décide d'exercer son droit d'acquérir ces biens, le concessionnaire a normalement droit à un dédommagement correspondant à leur juste valeur marchande au moment de l'acquisition. Toutefois, s'il était prévisible que ces biens seraient entièrement amortis (à savoir si les arrangements de financement du concessionnaire ne prévoyaient aucune valeur résiduelle), alors le prix versé pourrait être uniquement symbolique. Dans la pratique contractuelle de certains pays, il est courant que soient accordés à l'autorité contractante une sûreté sur les biens à titre de garantie de transfert effectif;

c) *Biens demeurant la propriété privée du concessionnaire.* En général, il s'agit de biens dont le concessionnaire peut librement disposer ou qu'il peut librement retrancher.

b) *Transfert de biens à un nouveau concessionnaire*

39. Comme indiqué précédemment, à l'expiration de l'accord de projet, l'autorité contractante voudra peut-être soumettre la concession à un nouvel appel d'offres plutôt qu'exploiter elle-même l'ouvrage (voir par. 3). À cette fin, il peut être utile que la loi exige du concessionnaire qu'il mette les biens à la disposition d'un nouveau concessionnaire. Pour garantir une bonne transition et la continuité du service, le concessionnaire devrait être tenu de coopérer avec le nouveau concessionnaire lors de la remise des biens considérés. Le transfert entre les concessionnaires peut nécessiter le versement de dédommagements au concessionnaire titulaire, selon que les biens ont été ou non amortis.

40. Un élément important à prendre en considération à cet égard est la structure de la proposition financière formulée par le concessionnaire pendant le processus de sélection (voir aussi chap.IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 27). Dans les projets d'infrastructure publique, l'un des principes de base de la proposition financière des soumissionnaires est que tous les biens à construire ou à acquérir pour le projet seront entièrement amortis (c'est-à-dire que leur coût sera entièrement recouvré) pendant la vie du projet. Ainsi, les propositions financières ne prévoient normalement pas de valeur résiduelle des biens à la fin de la période de concession. Dans ce cas, il peut ne pas y avoir de raison, de prime abord, d'exiger du nouveau concessionnaire le versement d'un quelconque dédommagement au concessionnaire initial, lequel peut être tenu de mettre tous les biens à la disposition de son successeur gratuitement ou moyennant une simple contrepartie symbolique. En effet, si le concessionnaire a obtenu le rendement qu'il escomptait pour son investissement, tout transfert du nouveau concessionnaire représenterait un coût supplémentaire qui devrait être financé à terme par les prix appliqués par ce dernier conformément au

deuxième accord. Toutefois, si le niveau des redevances envisagé dans la proposition initiale du concessionnaire a été fixé sur la base d'une valeur résiduelle des biens à la fin de la période du projet, ou si la proposition financière tablait sur d'importantes recettes provenant de tiers, le concessionnaire pourrait prétendre à une indemnisation pour les biens cédés à un nouveau concessionnaire.

c) Situation des biens au moment du transfert

41. Lorsque les biens sont remis à l'autorité contractante ou directement transférés à un nouveau concessionnaire à l'expiration de la concession, le concessionnaire est en général tenu de les transférer, exempts d'hypothèques ou de charges et dans les conditions nécessaires au fonctionnement normal de l'infrastructure, compte tenu des besoins du service. Le droit de l'autorité contractante de recevoir ces biens dans ces conditions est complété dans certaines législations par l'obligation imposée au concessionnaire de maintenir et de transférer le projet dans les conditions qu'exige une maintenance prudente et d'offrir une garantie d'un type ou d'un autre à cet effet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 118). Lorsque l'autorité contractante demande que les biens lui soient remis dans des conditions prédéterminées, ces conditions devraient être raisonnables. S'il peut être raisonnable qu'elle demande à ce que les biens aient une durée de vie résiduelle définie, elle ne devrait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'ils soient comme neufs. En outre, ces exigences peuvent ne pas être applicables en cas de résiliation de l'accord de projet, en particulier si la résiliation intervient avant la fin de la phase de construction.

42. Il est souhaitable de concevoir des procédures permettant de déterminer l'état des biens qui doivent être transférés à l'autorité contractante. Il peut être utile, par exemple, de constituer un comité comprenant des représentants de l'autorité contractante et du concessionnaire pour établir si l'ouvrage est dans l'état prescrit et conforme aux critères pertinents énoncés dans l'accord de projet. Celui-ci peut aussi prévoir la désignation et le mandat d'un tel comité auquel peut être dévolu le pouvoir de demander au concessionnaire de prendre des mesures raisonnables pour réparer l'ouvrage ou éliminer tout défaut ou insuffisance constatés. Il peut être souhaitable de prévoir une inspection spéciale qui interviendrait un an avant l'expiration de la concession, après quoi l'autorité contractante pourrait demander au concessionnaire de prendre des mesures de maintenance supplémentaires pour faire en sorte que les biens soient en bon état au moment du transfert. L'autorité contractante souhaitera peut-être demander au concessionnaire d'offrir des garanties spéciales pour assurer la remise de l'ouvrage dans des conditions satisfaisantes (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 118). L'autorité contractante pourrait puiser dans ces garanties pour financer la réparation des biens endommagés.

2. Arrangements financiers au moment de la résiliation

43. La résiliation de l'accord de projet peut intervenir avant que le concessionnaire ait pu recouvrer son investissement, rembourser ses dettes et dégager les bénéfices attendus, ce qui peut lui causer des pertes importantes. Des pertes peuvent également être subies par l'autorité contractante, qui devra peut-être faire des investissements supplémentaires ou engager de fortes dépenses afin, par exemple, d'achever l'ouvrage ou de continuer à fournir les services pertinents. De ce fait, les accords de projet renferment en général des dispositions détaillées traitant des obligations et droits financiers des parties au moment de la résiliation. Les normes habituelles d'indemnisation varient en général selon les motifs de la résiliation. Néanmoins, lors de la négociation des arrangements en la matière, les parties prennent habituellement en considération les facteurs suivants :

a) *Encours de la dette, participation au capital et bénéfices attendus.*
La résiliation du projet figure normalement parmi les cas de défaillance dans les accords de prêt du concessionnaire. Dans la mesure où ces accords comprennent en général une "clause d'exigibilité immédiate" en vertu de laquelle l'intégralité de la dette peut devenir exigible au moment où survient une défaillance, la perte immédiate subie par le concessionnaire au moment de la résiliation de l'accord de projet peut inclure le montant de la dette impayée. La question de savoir si et dans quelle mesure le concessionnaire peut être indemnisé par l'autorité contractante dépend habituellement du motif de la résiliation de l'accord de projet. Une indemnisation partielle peut être limitée à un montant correspondant à la valeur des travaux exécutés de façon satisfaisante par le concessionnaire, alors qu'une indemnisation intégrale couvrirait l'encours de la dette dans son intégralité. Une autre catégorie de perte parfois prise en compte dans les accords d'indemnisation a trait à la perte de la participation au capital par les promoteurs du projet, dans la mesure où un tel investissement n'est pas encore recouvré au moment de la résiliation. Enfin, la résiliation prive également le concessionnaire des bénéfices que l'ouvrage aurait pu lui procurer. Bien que le manque à gagner ne soit pas en général considéré comme un réel préjudice, dans des circonstances exceptionnelles, comme une résiliation abusive par l'autorité contractante, la valeur courante des bénéfices escomptés peut être prise en compte dans l'indemnité due au concessionnaire;

b) *Degré d'achèvement, valeur résiduelle et amortissement des biens.*
Les régimes d'indemnisation contractuelle correspondant à diverses causes de résiliation prévoient en général une indemnisation proportionnée au degré d'achèvement des travaux au moment de la résiliation. La valeur de l'ouvrage est habituellement déterminée en fonction de l'investissement nécessaire à sa construction (en particulier si la résiliation intervient pendant la phase de construction), du coût de remplacement ou de la valeur "résiduelle" de l'ouvrage. La valeur résiduelle signifie la valeur marchande de l'infrastructure au moment de la résiliation. La valeur marchande peut être difficile à déterminer, voire inexistante, pour certains types d'infrastructure matérielle (comme les ponts ou les routes) ou pour les ouvrages dont la durée d'exploitation est proche de son terme. Parfois, on peut estimer la valeur résiduelle en prenant en compte l'utilité attendue de l'ouvrage pour l'autorité

contractante. Toutefois, il peut être difficile d'établir la valeur d'ouvrages inachevés, en particulier si le montant de l'investissement que doit encore consentir l'autorité contractante pour rendre l'ouvrage opérationnel dépasse le montant effectivement investi par le concessionnaire. En tout état de cause, le montant de la valeur résiduelle est rarement réglé dans son intégralité, en particulier lorsque les recettes dégagées du projet constituent la seule rémunération de l'investissement du concessionnaire. Ainsi, au lieu de percevoir une indemnisation complète correspondant à la valeur de l'ouvrage, le concessionnaire reçoit souvent une indemnisation correspondant uniquement à la valeur résiduelle des biens qui n'ont pas encore été entièrement amortis au moment de la résiliation.

a) *Résiliation due à un manquement du concessionnaire*

44. En général, le concessionnaire n'a pas droit à des dommages-intérêts lorsque la résiliation est due à un manquement de sa part. Dans certains cas, c'est lui qui peut être dans l'obligation d'en verser à l'autorité contractante, bien que, dans la pratique, un concessionnaire défaillant dont les dettes sont déclarées exigibles par ses créanciers ait rarement des moyens financiers suffisants pour régler effectivement ces dommages-intérêts.

45. Il convient de noter que la résiliation pour manquement, même lorsqu'elle est considérée comme une sanction pour défaut grave d'exécution, ne devrait pas avoir pour conséquence l'enrichissement injuste de l'une ou l'autre partie. Ainsi, la résiliation ne donne pas nécessairement à l'autorité contractante le droit de reprendre des biens sans rémunérer le concessionnaire. Pour régler équitablement cette question, on peut établir une distinction entre les différents types de biens, selon les arrangements y relatifs envisagés dans l'accord de projet (voir par. 38):

a) *Biens devant être transférés à l'autorité contractante.* Lorsque l'accord de projet requiert le transfert automatique des biens du projet à l'autorité contractante à l'expiration de l'accord, la résiliation pour manquement n'implique pas habituellement une indemnisation du concessionnaire pour les biens considérés, à l'exception de la valeur résiduelle des travaux correctement exécutés, dans la mesure où ils n'ont pas encore été amortis par le concessionnaire;

b) *Biens pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré.* Une indemnisation financière peut être indiquée lorsque l'autorité contractante a le choix d'acquérir les biens à la valeur du marché à l'expiration de l'accord de projet, ou le droit de demander que cette possibilité soit donnée au nouvel attributaire du projet. Toutefois, il peut être légitime d'envisager une indemnisation financière inférieure à la valeur totale des biens de manière à encourager le concessionnaire à améliorer ses résultats. De même, il n'est peut-être pas nécessaire que l'indemnisation couvre le montant total du remboursement de l'encours de la dette du concessionnaire. Il est souhaitable de fixer les détails de la formule d'indemnisation financière dans l'accord de projet (à savoir déterminer si elle couvre la valeur désagrégée des biens ou le montant le moins élevé entre l'encours de la dette et la valeur des usages concurrents);

c) *Biens restant la propriété privée du concessionnaire.* Pour ce qui est des biens qui sont la propriété privée du concessionnaire et qui n'entrent pas dans les catégories a) ou b) ci-dessus, le concessionnaire peut généralement les retrancher et en disposer, de sorte qu'il est rarement nécessaire de prévoir des accords d'indemnisation. Une situation différente peut toutefois se présenter dans le cas de projets entièrement privatisés, où tous les biens, y compris ceux qui sont essentiels pour la fourniture des services, sont la propriété du concessionnaire. L'autorité contractante peut alors, pour assurer la continuité des services, juger nécessaire de les reprendre, même si cela n'est pas prévu dans l'accord de projet. Dans de tels cas, il serait équitable d'indemniser le concessionnaire sur la base de la juste valeur marchande des biens. L'accord de projet peut toutefois prévoir que l'indemnité sera réduite du montant des frais supportés par l'autorité contractante pour exploiter l'installation ou engager un autre exploitant.

b) *Résiliation due à un manquement de l'autorité contractante*

46. En général, le concessionnaire a droit à une indemnisation intégrale pour le préjudice subi suite à la résiliation de l'accord pour des motifs attribuables à l'autorité contractante. Cette indemnisation comprend habituellement une indemnité correspondant à la valeur des travaux et des installations, dans la mesure où ils n'ont pas déjà été amortis, ainsi qu'au préjudice subi, y compris le manque à gagner, qui est d'ordinaire calculé sur la base des recettes du concessionnaire durant les exercices précédents, lorsque la résiliation intervient pendant la phase d'exploitation, ou sur la base d'une projection des bénéfices escomptés pendant la durée prévue initialement. Le concessionnaire peut avoir droit à une indemnisation intégrale au titre de la dette et du capital social, y compris du service de la dette et du manque à gagner.

c) *Résiliation pour d'autres motifs*

47. Lorsque l'on prévoit des accords d'indemnisation en cas de résiliation due à des circonstances sans rapport avec un manquement de l'une ou l'autre partie, il peut être utile d'établir une distinction entre les empêchements exonérateurs et la résiliation déclarée par l'autorité contractante pour des raisons d'intérêt général ou d'autres motifs analogues.

i) *Résiliation due à des empêchements exonérateurs*

48. Par définition, les empêchements exonérateurs sont indépendants de la volonté des parties, et, en règle générale, la résiliation dans ces circonstances ne peut donner lieu à des demandes d'indemnisation par l'une ou l'autre partie. Toutefois, dans certains cas, il pourrait être équitable de prévoir un dédommagement pour le concessionnaire, par exemple une juste indemnisation pour les travaux déjà réalisés, en particulier lorsque les biens, en raison de leur nature spécialisée, ne peuvent être retranchés ou mis à profit par le concessionnaire, mais peuvent être utilisés par l'autorité contractante pour fournir le service requis (par exemple, un pont). Toutefois, dans la mesure où, en de tels cas, la résiliation ne peut être attribuée à l'autorité contractante, il n'est peut-être pas nécessaire que l'indemnisation du

concessionnaire soit “intégrale” (à savoir remboursement de la dette, du capital social et du manque à gagner).

ii) *Résiliation pour raison d'intérêt général*

49. Lorsque l'accord de projet reconnaît à l'autorité contractante le droit de résilier l'accord pour raison d'intérêt général, l'indemnisation du concessionnaire porte en général sur les mêmes éléments que ceux à prendre en compte dans une indemnisation pour résiliation due à un manquement de l'autorité contractante (voir par. 46), mais pas nécessairement de façon intégrale. Pour déterminer le montant équitable de l'indemnité à verser au concessionnaire, il peut être utile d'établir une distinction entre la résiliation pour raison d'intérêt général pendant la phase de construction et la résiliation au gré de l'autorité contractante pendant la phase d'exploitation:

a) *Résiliation pendant la phase de construction.* Si l'accord de projet est résilié pendant la phase de construction, les accords d'indemnisation peuvent être analogues à ceux qui sont appliqués dans le cadre des grands contrats de travaux qui autorisent la résiliation au gré de l'autorité contractante. Dans ce cas, l'entrepreneur a généralement droit à la part du prix correspondant aux travaux de construction exécutés de façon satisfaisante ainsi qu'au remboursement des dépenses engagées et des pertes subies en raison de la résiliation du contrat. Toutefois, dans la mesure où normalement l'autorité contractante ne verse pas une somme pour les travaux de construction exécutés par le concessionnaire, le principal critère pour calculer l'indemnité devrait être, en général, le montant de l'investissement total effectivement engagé par le concessionnaire jusqu'au moment de la résiliation, y compris toutes les sommes réellement déboursées au titre des facilités de prêt accordées par les prêteurs au concessionnaire pour exécuter les travaux de construction conformément à l'accord de projet, et les dépenses afférentes à l'annulation des accords de prêts. Il convient aussi de déterminer si, et dans quelle mesure, le concessionnaire peut avoir le droit de recouvrer le montant du manque à gagner correspondant à la partie du contrat qui a été résiliée au gré de la partie contractante. D'une part, il peut avoir renoncé à d'autres chantiers pour terminer le projet et mettre l'ouvrage en service pendant la durée prévue de la concession. D'autre part, si l'autorité contractante a l'obligation de l'indemniser pour manque à gagner, l'exercice de son droit de résilier l'accord à son gré risque d'être financièrement prohibitif. Une solution peut être d'établir dans l'accord de projet un barème des versements à effectuer par l'autorité contractante à titre d'indemnisation pour manque à gagner, le montant de ces versements étant alors subordonné à l'état d'avancement des travaux lorsque l'accord de projet est résilié au gré de la partie contractante;

b) *Résiliation pendant la phase d'exploitation.* Lorsque le concessionnaire a mené à terme les travaux de construction de façon satisfaisante, les arrangements d'indemnisation peuvent être les mêmes que dans le cas d'une résiliation pendant la phase de construction. Toutefois, une indemnisation équitable pour résiliation pendant la phase d'exploitation peut devoir inclure un juste dédommagement pour manque à gagner. La norme plus élevée d'indemnisation appliquée dans ce cas peut se justifier par le fait que, contrairement à la résiliation pendant la phase de construction, alors que

l'autorité contractante peut être obligée d'achever des travaux à ses frais, lorsque la résiliation intervient pendant la phase d'exploitation, l'autorité contractante peut avoir à sa disposition un ouvrage achevé, pouvant être exploité rentablement. L'indemnisation pour manque à gagner est souvent calculée sur la base des recettes dégagées par le concessionnaire pendant un certain nombre des exercices précédents, mais dans certains cas, il peut être nécessaire de prendre en considération d'autres éléments tels que le bénéfice prévu sur la base des redevances convenues. La raison en est que dans certains projets d'infrastructure, tels que des routes à péage et des projets similaires, qui sont caractérisés par des coûts financiers élevés et des recettes relativement faibles dans les premiers temps de l'exploitation, la résiliation peut intervenir avant que le projet soit devenu rentable.

3. *Mesures de liquidation et mesures d'accompagnement*

50. Lorsque l'ouvrage est transféré à l'autorité contractante à la fin de la concession, il se peut que les parties aient à prendre un ensemble de dispositions pour faire en sorte que l'autorité contractante soit à même d'exploiter ledit ouvrage selon les normes d'efficacité et de sûreté prescrites. L'accord de projet peut faire obligation au concessionnaire de transférer une technologie ou un savoir-faire nécessaire à l'exploitation de l'infrastructure. Il peut aussi prévoir le maintien, pendant une période transitoire, de certaines obligations du concessionnaire touchant l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage. Il peut en outre disposer que le concessionnaire sera tenu d'assurer ou de faciliter la fourniture des pièces de rechange dont l'autorité contractante peut avoir besoin pour réparer l'ouvrage. Il convient toutefois de noter que le concessionnaire peut ne pas être à même de prendre lui-même certaines des mesures d'accompagnement dont il est question ci-dessous, car dans la plupart des cas il aura été constitué à la seule fin d'exécuter le projet et aura dû se procurer la technologie ou les pièces de rechange nécessaires auprès de tiers.

a) Transfert de technologie

51. L'ouvrage transféré à l'autorité contractante comporte parfois divers procédés technologiques nécessaires à la production de certains biens (tels que l'électricité ou l'eau potable) ou à la fourniture des services (tels que le téléphone). Souvent, l'autorité contractante voudra se familiariser avec ces procédés et leur application. Elle voudra aussi acquérir l'information et les compétences techniques nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage. Même lorsqu'elle possède les qualifications de base requises pour entreprendre une partie de l'exploitation et de la maintenance (par exemple, techniques de construction ou génie civil), il lui faudra peut-être acquérir des connaissances sur les procédés techniques spécialisés nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage dans les conditions voulues. La communication à l'autorité contractante de ces connaissances, informations et compétences est souvent appelée "transfert de technologie". Les obligations relatives au transfert de technologie ne peuvent être imposées unilatéralement au concessionnaire et, dans la pratique, ces questions font l'objet de négociations détaillées entre les parties concernées. Bien que le pays hôte ait

un intérêt légitime à accéder à la technologie nécessaire pour exploiter l'ouvrage, il faudrait tenir dûment compte des intérêts commerciaux et des stratégies commerciales des investisseurs privés.

52. Différentes clauses contractuelles peuvent être adoptées pour le transfert de technologie et l'exécution des autres obligations nécessaires pour construire et exploiter l'ouvrage. Le transfert de technologie en soi peut s'effectuer de diverses manières, par exemple par l'octroi de licences de propriété industrielle, la création d'une coentreprise entre les parties ou la fourniture d'un savoir-faire confidentiel. Le *Guide* ne tente pas de traiter dans le détail la négociation et la rédaction de contrats concernant l'octroi de licences de propriété industrielle ou la fourniture de savoir-faire, ces questions ayant déjà été traitées en profondeur dans des ouvrages publiés par d'autres organismes des Nations Unies¹. Les paragraphes ci-après signalent simplement certaines questions majeures que soulève la communication des connaissances nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage par la formation du personnel de l'autorité contractante ou par la fourniture d'une documentation.

53. Pour transférer à l'autorité contractante les informations et compétences techniques nécessaires à une bonne exploitation et à une bonne maintenance de l'ouvrage, il importe principalement de former son personnel. Pour pouvoir déterminer ses besoins de formation, dans la sollicitation de propositions ou pendant la négociation du contrat, l'autorité contractante peut demander au concessionnaire de lui fournir un organigramme indiquant le personnel nécessaire pour assurer le fonctionnement et la maintenance de l'ouvrage, y compris les qualifications techniques et autres de base que ce dernier doit posséder. Cet organigramme devrait être suffisamment détaillé pour permettre à l'autorité contractante de déterminer l'ampleur de la formation requise compte tenu du personnel dont elle dispose. Le concessionnaire aura souvent les moyens voulus pour assurer la formation. Dans certains cas, toutefois, cette formation pourra être dispensée plus efficacement par un ingénieur-conseil ou par un établissement spécialisé dans la formation.

54. Les informations et compétences techniques nécessaires à la bonne exploitation et à la bonne maintenance de l'ouvrage peuvent également être

¹La négociation et la rédaction de contrats concernant l'octroi de licences de propriété industrielle et la fourniture de savoir-faire sont traitées de façon détaillée dans le *Guide sur les licences pour les pays en développement* de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (publication OMPI n° 620 (F), 1977). Les principales questions à envisager lors de la négociation et de la rédaction de tels contrats sont énoncées dans les *Principes directeurs pour l'évaluation des accords de transfert de technologie*, Série "Mise au point et transfert des techniques", n° 12 (ID/233, 1979) et dans le *Guide sur la rédaction de contrats portant sur le transfert international de know-how (savoir-faire) dans l'industrie mécanique* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.II.E.15). Parmi d'autres publications pertinentes, on citera le *Manuel sur l'acquisition de la technologie par les pays en développement* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.78.II.D.15). Pour une analyse du transfert de technologie dans le cadre de contrats de construction d'installations industrielles, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10), chap. VI, "Transfert de technologie".

transférées par la fourniture d'une documentation technique. Cette documentation peut comprendre des plans, des dessins, des formules, des manuels d'exploitation et de maintenance et les prescriptions de sécurité. Il peut être souhaitable d'énumérer dans l'accord de projet les documents à fournir. Le concessionnaire peut être tenu de fournir des documents très détaillés, rédigés clairement, et dans une langue spécifiée. Il peut être souhaitable de faire obligation au concessionnaire de démontrer, à la demande de l'autorité contractante, les procédures décrites dans la documentation, si celles-ci ne peuvent être comprises sans démonstration.

55. Le moment auquel la documentation doit être fournie peut être précisé. L'accord de projet peut prévoir que toute la documentation doit avoir été fournie à la date fixée dans le contrat pour l'achèvement de l'ouvrage. Les parties peuvent également souhaiter prévoir que le transfert de l'ouvrage ne sera considéré comme terminé que lorsque toute la documentation concernant son exploitation et requise selon le contrat avant l'achèvement des travaux, aura été effectivement communiquée. Il peut être souhaitable de prévoir qu'une partie de la documentation (par exemple, les manuels d'exploitation) doit être fournie pendant la construction, une telle documentation pouvant permettre au personnel ou à l'ingénieur de l'autorité contractante de se familiariser avec le fonctionnement des machines ou du matériel pendant leur construction.

b) Aide à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage après son transfert

56. L'aide dont l'autorité contractante aura besoin dépendra de la technologie et du personnel qualifié dont elle dispose. Si elle manque de personnel suffisamment qualifié pour assurer le fonctionnement technique de l'ouvrage, elle voudra peut-être obtenir l'aide du concessionnaire à cette fin, du moins dans un premier temps. Dans certains cas, elle souhaitera peut-être que le concessionnaire pourvoie lui-même une grande partie des postes techniques, alors que dans d'autres, elle préférera qu'il fournisse uniquement les services d'experts techniques pour collaborer à titre consultatif avec son propre personnel afin d'assurer l'exécution de quelques opérations très spécialisées.

57. Pour aider l'autorité contractante à assurer l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage, l'accord de projet peut imposer au concessionnaire l'obligation de soumettre, avant le transfert de l'ouvrage, un programme d'exploitation et de maintenance conçu pour maintenir l'ouvrage en exploitation pendant le reste de sa durée de vie, au niveau d'efficacité exigé en vertu de l'accord de projet. Un tel programme comportera notamment: un organigramme indiquant le personnel clef nécessaire à l'exploitation technique de l'ouvrage et les fonctions dont chaque personne doit s'acquitter; une inspection régulière de l'ouvrage; les opérations de graissage, nettoyage et réglage; et le remplacement des pièces défectueuses ou usées. Dans la maintenance pourraient également entrer des opérations de caractère organisationnel, comme l'établissement d'un calendrier ou de registres de maintenance. Le concessionnaire peut également être tenu par l'autorité contractante de fournir des manuels d'exploitation et de maintenance énonçant les procédures appropriées en la matière. Ces manuels devraient

être présentés sous une forme et dans une langue facilement compréhensibles par le personnel de l'autorité contractante.

58. Un moyen efficace de former le personnel de l'autorité contractante aux procédures d'exploitation et de maintenance consiste à prévoir dans l'accord de projet que ce personnel sera associé à celui du concessionnaire pour assurer les opérations d'exploitation et de maintenance pendant un certain temps avant le transfert de l'ouvrage, voire même après. Les postes que doivent occuper les membres du personnel du concessionnaire peuvent ainsi être recensés et leurs qualifications et expérience précisées. Pour éviter les désaccords et les facteurs d'inefficacité, il est souhaitable de définir clairement le pouvoir que doit exercer le personnel de chaque partie sur le personnel de l'autre partie pendant la période considérée.

c) Fourniture de pièces de rechange

59. Dans les projets qui prévoient le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante, celle-ci devra obtenir des pièces de rechange pour remplacer les pièces usées ou endommagées et pour entretenir, réparer et exploiter l'ouvrage. Il se peut que ces pièces ne soient pas disponibles localement et que l'autorité contractante soit tributaire du concessionnaire pour les obtenir. La programmation de la fourniture des pièces de rechange et des services après le transfert de l'ouvrage serait grandement facilitée si les parties prévoient dans l'accord de projet les besoins de l'autorité contractante à cet égard. Toutefois, étant donné la longue durée de la plupart des projets d'infrastructure, il peut être difficile pour les parties de prévoir dans l'accord de projet les besoins de l'autorité contractante après le transfert de l'ouvrage.

60. Les parties pourraient aussi conclure un contrat distinct pour régler ces questions². Un tel contrat pourrait être conclu à un moment proche du transfert de l'ouvrage, lorsque l'autorité contractante a peut-être une idée plus précise de ses besoins. Si les pièces de rechange sont fabriquées, non par le concessionnaire, mais pour le concessionnaire par des fournisseurs, l'autorité contractante préférera peut-être, pour les obtenir, se mettre en rapport avec ces fournisseurs plutôt qu'avec le concessionnaire ou encore, elle souhaitera peut-être que le concessionnaire les obtienne en qualité d'agent la représentant.

61. Il est souhaitable que le personnel de l'autorité contractante acquière les capacités techniques nécessaires à l'installation des pièces de rechange. À cette fin, l'accord de projet peut faire obligation au concessionnaire de fournir les manuels d'instruction, outils et matériels indispensables. Les manuels d'instruction devraient être présentés sous une forme et dans une langue facilement compréhensibles par le personnel de l'autorité contractante. Le contrat peut également exiger que le concessionnaire

²La Commission économique pour l'Europe a établi un *Guide pour la rédaction de contrats internationaux de services relatifs à l'entretien, à la réparation et à l'exploitation d'installations industrielles et autres* (ECE/TRADE/154) qui peut, *mutatis mutandis*, aider les parties à élaborer un contrat ou des contrats distincts traitant de la maintenance et des réparations après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante.

fournisse des plans de rendement indiquant comment les diverses parties des équipements sont reliées entre elles et comment on peut y accéder afin de pouvoir installer les pièces de rechange et effectuer les opérations de maintenance et des réparations. Dans certains cas, il pourrait être utile que le concessionnaire soit tenu de former le personnel de l'autorité contractante à l'installation des pièces de rechange.

d) Réparations

62. L'autorité contractante a intérêt à prendre des dispositions contractuelles garantissant que l'ouvrage sera réparé rapidement en cas de panne. Dans de nombreux cas, le concessionnaire est peut-être mieux qualifié qu'une tierce personne pour effectuer les réparations. En outre, si l'accord de projet empêche l'autorité contractante de divulguer à des tiers la technologie fournie par le concessionnaire, cela peut limiter la sélection de tiers pour effectuer les réparations à ceux qui donneront des assurances, acceptables par le concessionnaire, qu'ils ne dévoileront pas la technologie de ce dernier. En revanche, si des pièces essentielles ont été fabriquées par des fournisseurs pour le concessionnaire, l'autorité contractante jugera peut-être préférable, pour effectuer les réparations, de conclure des contrats indépendants avec lesdits fournisseurs. Il est souhaitable de définir clairement la nature et la durée des obligations imposées, le cas échéant, au concessionnaire en matière de réparations et d'établir une distinction entre ces obligations et les obligations de corriger les défauts relevés dans l'ouvrage, assumées par le concessionnaire conformément aux garanties de qualité.

VI. Règlement des différends

A. Remarques générales

1. Un facteur important pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé est le cadre juridique mis en place par le pays hôte pour le règlement des différends. Investisseurs, entrepreneurs et prêteurs seront incités à participer à des projets dans les pays où ils ont la certitude que tous différends pouvant surgir dans le cadre des contrats passés au titre d'un projet seront réglés de façon équitable et efficace. De la même manière, des procédures efficaces pour éviter les différends ou les régler rapidement faciliteront l'exercice des fonctions de contrôle de l'autorité contractante et réduiront ses dépenses générales d'administration. Pour créer un climat plus favorable à l'investissement, le pays hôte doit avoir un cadre juridique qui donne effet à certains principes fondamentaux, tels que la garantie pour les sociétés étrangères de pouvoir accéder à la justice dans les mêmes conditions, pour l'essentiel, que les sociétés du pays hôte; le droit pour les parties à des contrats privés de choisir une loi étrangère comme loi applicable à leurs contrats; la force exécutoire des jugements étrangers; l'absence de restrictions déraisonnables à l'accès à des modes extrajuridictionnels de règlement des différends ou d'obstacles juridiques à la mise en place et au fonctionnement de mécanismes de règlement amiable des différends en dehors du système juridictionnel.

2. Les projets d'infrastructure à financement privé exigent habituellement la formation d'un grand nombre de contrats liés entre eux et d'autres relations juridiques entre diverses parties. Les dispositions législatives relatives au règlement des différends auxquels donner lieu ces projets doivent tenir compte de la diversité des relations, qui peuvent appeler différents modes de règlement en fonction du type de différend et des parties en litige. Les principaux différends peuvent être répartis en trois grandes catégories:

a) *Différends pouvant surgir dans le cadre d'accords entre le concessionnaire et l'autorité contractante ainsi que d'autres organismes publics.* Dans la plupart des pays de droit romain, l'accord de projet est régi par le droit administratif (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 24 à 27), alors que dans d'autres pays il est en principe régi par le droit des contrats complété par des dispositions spéciales élaborées pour les contrats passés par l'État pour la prestation de services publics. Ce régime peut avoir des incidences sur le mode de règlement des différends dont les parties à l'accord de projet peuvent convenir. Des considérations analogues peuvent également s'appliquer à certains contrats passés entre le concessionnaire et des organismes publics ou des entreprises d'État fournissant des biens ou des services au projet ou achetant des biens ou des services générés par l'ouvrage;

b) *Différends pouvant surgir dans le cadre de contrats et d'accords passés entre les promoteurs du projet ou le concessionnaire et des parties associées pour l'exécution du projet.* Il s'agit généralement au moins des contrats suivants: i) contrats entre les parties détenant des parts de la société de projet (par exemple, accords entre les actionnaires, accords concernant la fourniture d'un financement supplémentaire ou arrangements relatifs aux droits de vote); ii) accords de prêt et accords connexes intéressant, outre la société de projet, des parties telles que les banques commerciales, les organismes publics de prêt, les organismes internationaux de prêt et les organismes d'assurance-crédit à l'exportation; iii) contrats entre la société de projet et les entrepreneurs, qui peuvent eux-mêmes être des consortiums, les fournisseurs de matériel et les prestataires de services; iv) contrats entre la société de projet et les parties qui assurent l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage; et v) contrats entre le concessionnaire et des entreprises privées pour la fourniture des biens et des services nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;

c) *Différends entre le concessionnaire et d'autres parties.* Ces autres parties comprennent les usagers ou les clients, qui peuvent être, par exemple, une entreprise de services publics appartenant à l'État qui achète de l'électricité ou de l'eau à la société de projet pour la revendre aux utilisateurs finals; des entreprises commerciales, telles que des compagnies aériennes ou des compagnies maritimes passant contrat pour l'utilisation d'un aéroport ou d'un port maritime; ou des particuliers acquittant un droit de péage pour emprunter une route. Les parties à ces différends ne sont pas nécessairement liées par un rapport juridique antérieur de caractère contractuel ou analogue.

B. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

3. Les différends pouvant surgir dans le cadre de l'accord de projet sont souvent liés à des problèmes qui ne se posent pas fréquemment dans d'autres types de contrats. Cela tient à la complexité des projets d'infrastructure, à leur durée d'exécution et au fait que plusieurs entreprises participent aux phases de construction et d'exploitation. De plus, les projets d'infrastructure à financement privé font souvent intervenir des organismes publics et l'intérêt général y tient une place importante. D'où la nécessité d'avoir des mécanismes permettant d'éviter, dans toute la mesure du possible, l'aggravation des désaccords entre les parties et de préserver leur relation commerciale, d'empêcher toute perturbation des travaux de construction ou de la prestation des services, et adaptés aux particularités des différends pouvant surgir.

4. Dans la présente section sont examinées certaines des principales questions relatives aux diverses phases de l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé. Les recours du concessionnaire contre des décisions des organismes de réglementations l'ont été dans la partie relative aux pouvoirs de réglementer les services d'infrastructure (voir chap.I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 51 à 53) et le règlement des différends pouvant surgir pendant la sélection d'un concessionnaire (c'est-à-dire les différends précontractuels) ont été traités

dans un autre chapitre du *Guide* (voir chap. III, “Sélection du concessionnaire”, par. 127 à 131).

1. Considérations générales sur les méthodes de prévention et de règlement des différends

5. Les questions qui donnent le plus souvent lieu à des différends pendant la durée de l'accord de projet sont celles qui sont liées aux manquements possibles à des obligations contractuelles pendant la construction de l'ouvrage, pendant son exploitation et à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet. Ces différends, qui peuvent être très complexes, portent souvent sur des questions hautement techniques qui doivent être réglées rapidement pour ne pas entraîner de perturbations dans la construction ou l'exploitation de l'ouvrage. C'est pourquoi il est souhaitable que les parties conçoivent des mécanismes qui leur permettent de choisir des experts compétents pour les aider à régler leurs différends. En outre, étant donné la durée sur laquelle portent les projets d'infrastructure à financement privé, il est important de mettre au point des mécanismes propres à prévenir, dans toute la mesure du possible, l'apparition de ces différends et à préserver ainsi la relation commerciale entre les parties.

6. Pour atteindre les objectifs susmentionnés, les accords de projet prévoient souvent des clauses générales de règlement des différends destinées à en prévenir, dans la mesure du possible, l'apparition, à favoriser la recherche de solutions concertées et à mettre en place des modes de règlement efficaces lorsqu'un litige ne peut être évité. De telles clauses énoncent normalement une série de mesures successives commençant par une notification rapide à l'autre partie des problèmes pouvant se transformer en litige si rien n'est fait pour les régler. Lorsqu'un différend apparaît malgré tout, les parties doivent échanger des informations et se consulter afin de rechercher une solution. Si elles n'y parviennent pas elles-mêmes, l'une ou l'autre peut demander l'intervention d'un tiers indépendant et impartial pour les aider à en trouver une qui soit acceptable. Dans la plupart des cas, une procédure contradictoire n'est utilisée que lorsque le différend ne peut être réglé par voie de conciliation.

7. Toutefois, il peut y avoir des limites à la liberté qu'ont les parties de convenir de certaines méthodes de prévention ou de règlement des différends, tenant, par exemple, à l'objet de ces derniers ou, dans certains systèmes juridiques, au fait que l'autorité contractante est un organisme public. Dans ces systèmes, en effet, la tradition veut que l'État et les organismes publics ne puissent convenir de certaines méthodes de règlement des différends, en particulier l'arbitrage. Mais souvent l'interdit ne s'étend pas aux entreprises publiques à caractère industriel ou commercial dont les relations avec des tiers relèvent du droit privé ou du droit commercial.

8. La liberté de convenir de méthodes de règlement des différends, dont l'arbitrage, peut aussi se trouver limitée par la nature juridique de l'accord de projet. Dans certains systèmes de droit romain où les accords de projet sont considérés comme des contrats administratifs, il peut être nécessaire de soumettre un différend découlant de ce type de contrat à un tribunal judiciaire ou administratif du pays hôte. Dans d'autres systèmes juridiques, des limites

analogues peuvent être expressément énoncées dans la législation ou dans des précédents jurisprudentiels directement applicables aux accords de projet, ou peuvent résulter de pratiques contractuelles bien établies, généralement fondées sur des textes législatifs ou réglementaires.

9. Il est important que les pays souhaitant autoriser le recours à des méthodes extrajuridictionnelles, y compris l'arbitrage, pour régler les différends pouvant découler de projets d'infrastructure à financement privé, éliminent les obstacles juridiques possibles et autorisent clairement leurs autorités contractantes à convenir de telles méthodes. L'absence d'une autorisation législative peut susciter des doutes quant à la validité de la clause compromissoire et retarder le règlement des différends. Si, par exemple, un tribunal arbitral estime que la convention d'arbitrage a été valablement conclue, même si le défendeur allègue que l'autorité contractante n'était pas autorisée à la conclure, la question peut resurgir au stade de la reconnaissance et de l'exécution devant une juridiction étatique du pays hôte ou d'un pays tiers où la sentence doit être reconnue ou exécutée.

2. *Méthodes couramment utilisées pour prévenir et régler les différends*

10. Les paragraphes qui suivent présentent les caractéristiques essentielles de méthodes utilisées pour prévenir et régler les différends et examinent leur adéquation aux différentes phases des grands projets d'infrastructure (à savoir la construction, l'exploitation et la phase qui suit la fin de la concession). Bien que l'accord de projet prévoie généralement des mécanismes composites de prévention et de règlement des différends, il faut s'attacher à éviter des procédures trop complexes ou à imposer un trop grand nombre de procédures différentes. La description succincte de certaines méthodes de prévention et de règlement des différends donnée ci-après vise à informer le législateur des caractéristiques et de l'utilité de ces diverses méthodes sans pour autant recommander l'utilisation d'une combinaison quelconque d'entre elles.

a) *Alerte rapide*

11. Des dispositions imposant une alerte rapide peuvent être un important moyen d'éviter les différends. Ainsi, si l'une des parties à un contrat estime que certains faits qui se sont produits ou certaines réclamations qu'elle entend présenter peuvent engendrer un différend, elle doit les porter à l'attention de l'autre partie dès que possible. En effet un retard peut non seulement être source de conflit, en créant la surprise chez l'autre partie et en engendrant par conséquent animosité et hostilité, mais peut également rendre les réclamations plus difficiles à justifier. C'est pourquoi lorsqu'un mécanisme d'alerte rapide est prévu, la partie requérante est généralement tenue de présenter des données chiffrées, ainsi que les preuves nécessaires, dans un délai déterminé. Pour que le mécanisme soit efficace, on prévoit fréquemment une sanction en cas de non-respect des dispositions, telle que la perte du droit de poursuivre l'action ou un alourdissement de la charge de la preuve. Dans les projets d'infrastructure, l'alerte rapide porte souvent sur des faits qui peuvent nuire à la qualité des travaux ou des services publics,

accroître leur coût, engendrer des retards ou menacer la continuité du service. Elle est par conséquent utile pendant toute la durée du projet.

b) Partnering

12. Le *partnering* est un autre moyen d'éviter les différends. Il a pour objet de créer dès le début du projet, grâce à des stratégies formelles mises au point conjointement, un climat de confiance, de concertation et de coopération entre les principales parties. Il a été jugé utile pour éviter les litiges et pour inciter les parties à s'attacher à atteindre les objectifs du projet. Les relations, dans le cadre du *partnering*, sont définies dans des réunions, généralement organisées par l'autorité contractante, auxquelles prennent part les principales parties au projet. Lors de la première, les parties s'accordent sur l'interprétation du concept de *partnering*, définissent les objectifs pour chacune d'entre elles et mettent au point une procédure permettant de régler rapidement les questions clefs. Cette réunion s'achève par la rédaction d'une charte de partenariat signée par les participants qui y déclarent leur volonté de travailler ensemble au succès du projet. Cette charte comprend généralement une "procédure de règlement des questions" destinée à déterminer les points litigieux et résoudre d'autres problèmes au plus vite en partant du niveau de direction le plus bas possible. Si une solution n'est pas trouvée dans un délai déterminé, la question est examinée au niveau de direction supérieur. Il n'est fait appel à des personnes extérieures que lorsque les responsables du projet ne sont pas parvenus à un accord.

c) Négociation facilitée

13. Cette procédure a pour objet d'aider les parties à négocier. Ces dernières nomment au début du projet un facilitateur qui a pour fonction de les aider à régler un différend sans donner d'opinions subjectives sur les questions mais en les incitant plutôt à bien analyser leurs demandes quant au fond. Cette procédure est particulièrement utile lorsque les parties, étant nombreuses, auraient des difficultés à négocier et à coordonner toutes les opinions divergentes sans l'intervention d'un facilitateur.

d) Conciliation et médiation

14. Le terme "conciliation" est employé dans le *Guide* pour désigner, de manière large, une procédure dans laquelle une personne ou un groupe de personnes aide les parties, de façon indépendante et impartiale, à régler leur différend à l'amiable. La conciliation diffère de la négociation (que les parties entament généralement après l'apparition du différend) dans la mesure où elle fait intervenir un tiers indépendant et impartial pour aider à résoudre le différend alors qu'aucun tiers n'apporte son aide dans la négociation. La différence entre la conciliation et l'arbitrage réside dans le fait que la conciliation aboutit à un règlement du différend par l'accord des parties ou n'aboutit pas alors que, dans l'arbitrage, le tribunal impose une décision aux parties, à moins que ces dernières aient réglé leur différend avant le prononcé de la sentence. Dans la pratique, cette procédure de conciliation est désignée par divers termes dont "médiation". Toutefois, dans

la tradition juridique de certains pays, on établit une distinction entre la "conciliation" et la "médiation" pour insister sur le fait que, dans la conciliation, un tiers tente de rapprocher les parties en litige pour les aider à éliminer leurs points de désaccord alors que la médiation va plus loin puisque le médiateur est autorisé à proposer des solutions. Cependant, les termes "conciliation" et "médiation" sont le plus souvent synonymes.

15. La conciliation est de plus en plus utilisée dans diverses parties du monde, y compris dans les régions où elle était autrefois peu courante. Cette tendance se reflète notamment dans la création d'un certain nombre d'organismes privés et publics qui offrent des services de conciliation aux parties intéressées. La procédure de conciliation est généralement privée, confidentielle, informelle et facile à mettre en œuvre. Elle peut aussi être rapide et peu coûteuse. Le conciliateur, qui peut assumer de multiples fonctions, joue en général un rôle plus actif que le facilitateur. Il peut fréquemment attaquer la position des parties pour en faire ressortir les faiblesses, ce qui facilite généralement un accord, et peut proposer, s'il y est autorisé, des solutions. La procédure est habituellement facultative et le conciliateur a pour tâche de faciliter un règlement en attirant l'attention des parties sur les problèmes et sur les solutions possibles et non de statuer sur l'affaire. Elle est particulièrement utile lorsque les parties sont nombreuses et qu'il serait donc difficile de parvenir à un accord par des négociations directes.

16. Si les parties prévoient la conciliation dans l'accord de projet, elles devront régler un certain nombre de questions procédurales afin d'accroître les chances de succès. Elles y parviendront d'autant plus facilement qu'elles incorporeront par référence, dans le contrat, des règles de conciliation telles que le Règlement de conciliation de la CNUDCI¹, ou d'autres, établies par divers organismes internationaux et nationaux.

e) Évaluation à caractère non contraignant effectuée par un expert

17. Il s'agit d'une procédure dans laquelle un tiers neutre est chargé d'analyser le différend quant au fond et d'en montrer l'issue possible. Les parties en litige voient ainsi quelle pourrait être l'issue des procédures à caractère contraignant, plus coûteuses et généralement plus lentes, que sont, par exemple, l'arbitrage ou une action devant une juridiction étatique. Le procédé est utile lorsque les parties ont des difficultés à communiquer parce

¹Pour le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-cinquième session, voir les *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17 (A/35/17)*, par. 106 (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XI, 1980, 1^{re} partie, chap. II, sect. A (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.8)). Le Règlement de conciliation de la CNUDCI a également été publié sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.6). Il est accompagné d'une clause de conciliation type rédigée comme suit: "Quand, en cas de litige découlant du présent contrat ou lié audit contrat, les parties souhaitent rechercher un règlement amiable de ce litige par la conciliation, celle-ci se fera conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI actuellement en vigueur". L'Assemblée générale a recommandé l'utilisation du Règlement de conciliation de la CNUDCI dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980.

qu'elles ont durci leur position ou lorsqu'elles ne voient pas clairement les faiblesses de leur propre position ou la force de celle de l'autre. Une telle évaluation, qui n'est pas contraignante pour les parties, est généralement suivie de négociations, directes ou facilitées par un tiers.

f) Procès simulé (Mini-trial)

18. Dans un procès simulé le personnel de chacune des parties travaillant sur le terrain soumet des mémoires à un "tribunal" composé d'un cadre supérieur de chacune des parties et d'une tierce personne neutre. Une fois les mémoires soumis, dans un délai généralement prédéterminé, les cadres entament une procédure de négociation facilitée par une personne neutre, afin de rechercher un accord en tirant parti des questions qui ont été élucidées pendant le procès simulé. Les conseils des parties sont fréquemment présents et utiles pour recenser les questions pertinentes. L'objet de cette procédure est d'informer les cadres supérieurs des questions litigieuses et de montrer quelle pourrait être l'issue d'un véritable procès.

g) Évaluation effectuée par un cadre supérieur

19. Ce procédé est analogue au procès simulé mais a un caractère moins "contradictoire" que ce dernier et relève d'une approche davantage axée sur le consensus. Les parties présentent tout d'abord de courts exposés expliquant leur position puis donnent de brèves réponses. Lors d'une "conférence d'évaluation" dirigée par un facilitateur, un cadre supérieur de chacune des parties fait un bref exposé oral élucidant les points présentés dans les exposés écrits ou d'autres points soulevés par les parties ou par le facilitateur. Cette conférence est suivie d'une réunion de négociation, présidée par le facilitateur, visant à trouver un accord. Le procès simulé comme l'évaluation par un cadre supérieur confrontent moins les parties aux réalités qu'une évaluation non contraignante effectuée par un expert et sont donc moins susceptibles de les motiver à prendre des décisions difficiles en l'absence de pression commerciale.

h) Examen des différends techniques par des experts indépendants

20. Pendant la phase de construction de l'ouvrage, les parties peuvent souhaiter prévoir que certains types de différends seront soumis à un expert indépendant nommé par elles. Cette méthode peut être particulièrement utile en cas de désaccords portant sur des aspects techniques de la construction de l'ouvrage (par exemple, lorsqu'il s'agit de savoir si les travaux sont effectués conformément aux spécifications contractuelles ou aux normes techniques).

21. Les parties peuvent, par exemple, nommer un inspecteur des plans qui examinera les désaccords relatifs à l'inspection et à l'approbation des plans de l'ouvrage ou un ingénieur-superviseur qui suivra l'avancement des travaux de construction (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 69 à 79). Ces experts indépendants devraient être spécialisés dans la conception et la construction de projets analogues. L'accord de projet devrait spécifier les pouvoirs de l'expert indépendant (en indiquant, par exemple, s'il doit

formuler des recommandations ou prendre des décisions obligatoires), ainsi que les cas dans lesquels les parties peuvent lui demander un avis ou une décision. Dans certains grands projets d'infrastructure, par exemple, le concessionnaire peut demander un tel avis chaque fois qu'il est en désaccord avec l'autorité contractante concernant la conformité de certains aspects des plans ou des travaux de construction avec les spécifications ou les obligations contractuelles applicables. Recourir à un inspecteur des plans ou à un ingénieur-superviseur, selon le cas, peut être particulièrement utile lorsque l'accord de projet requiert le consentement préalable de l'autorité contractante pour certaines actions du concessionnaire, telles qu'une autorisation finale pour l'exploitation de l'ouvrage (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 78).

22. Il a souvent été fait appel à des experts indépendants pour régler des différends techniques découlant de contrats de construction et il est possible d'appliquer les divers mécanismes et procédures utilisés dans l'industrie du bâtiment, *mutatis mutandis*, aux projets d'infrastructure à financement privé. Toutefois, il convient de noter que les différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire ne portent pas nécessairement sur les mêmes points que les différends découlant habituellement d'un contrat de construction. En effet, les positions respectives de l'autorité contractante et du concessionnaire, dans un accord de projet, ne sont pas pleinement comparables à celles du propriétaire et de l'entrepreneur dans un contrat de construction. Ainsi, les litiges portant sur les sommes à payer à l'entrepreneur pour les travaux effectivement réalisés, qui sont fréquents dans les contrats de construction, ne sont pas typiques des relations entre l'autorité contractante et le concessionnaire, puisque ce dernier n'est normalement pas rétribué par l'autorité contractante pour les travaux de construction effectués.

i) Conseils d'examen des différends

23. Dans les grands projets d'infrastructure, l'accord de projet prévoit souvent un conseil permanent composé d'experts nommés par les deux parties, éventuellement avec l'aide d'une autorité de nomination, afin de faciliter le règlement des différends pouvant survenir pendant la construction ou l'exploitation (appelé dans le *Guide* "conseil d'examen des différends"). L'instance peut être à la fois informelle, rapide et adaptée aux particularités du différend dont le conseil est saisi. En nommant un tel conseil, les parties peuvent éviter que des malentendus ou des divergences se transforment en véritables litiges ne pouvant être réglés que par l'arbitrage ou le recours aux tribunaux. C'est en fait son efficacité comme moyen d'éviter les différends qui constitue l'un des points forts du conseil, encore qu'il puisse aussi servir à les régler, en particulier lorsqu'il est habilité à rendre des décisions qui s'imposent aux parties.

24. Pour constituer un conseil d'examen des différends, les parties choisissent généralement, dès le début du projet, trois experts renommés pour leur connaissance du secteur concerné. Ces experts peuvent être remplacés si le projet comporte différentes phases pouvant exiger des connaissances spécialisées différentes (par exemple, les connaissances requises ne sont pas

les mêmes pour la construction de l'ouvrage et la gestion ultérieure du service public), et dans certains grands projets d'infrastructure plusieurs conseils ont ainsi été établis. Un conseil d'examen des différends traitera ainsi uniquement les différends relatifs à des questions techniques (par exemple, la conception de l'ouvrage, l'adéquation d'une certaine technologie, le respect des normes environnementales) alors qu'un autre se chargera des différends de nature contractuelle ou financière (par exemple, le montant de l'indemnisation due pour retard dans l'octroi de licences ou les désaccords concernant l'application des formules de révision des prix). Chacun des membres du conseil devrait avoir une expérience du type de projet concerné, y compris de l'interprétation et de l'application des accords de projet et devrait s'engager à demeurer impartial et indépendant par rapport aux parties. Ils peuvent être saisis de rapports périodiques sur l'avancement des travaux de construction ou sur l'exploitation de l'ouvrage, selon le cas, et être informés immédiatement des divergences pouvant surgir entre les parties. Ils peuvent rencontrer ces dernières, soit à intervalles réguliers, soit selon les besoins, pour examiner les divergences survenues et proposer des solutions possibles.

25. Étant donné leur rôle, les membres du conseil peuvent se rendre périodiquement sur le terrain, rencontrer les parties et être tenus informés de l'avancement des travaux. Ces rencontres aident à déceler rapidement tout conflit potentiel avant qu'il ne s'aggrave et ne se transforme en véritable différend. Lorsque des points litigieux sont décelés, le conseil propose des solutions qui, étant donné l'expertise et le prestige de ses membres, ont de grandes chances d'être acceptées par les parties. Lorsqu'il est saisi d'un différend, il l'analyse de manière informelle, généralement en discutant avec les parties à l'occasion d'une visite sur le terrain. Il dirige la discussion mais chacune des parties a tout loisir d'exposer ses vues, et il est libre quant à lui de poser des questions et de demander des documents ou d'autres éléments de preuve. La tenue de réunions sur le terrain, peu après les événements à l'origine du conflit et avant que chacun n'ait durci sa position, offre des avantages évidents. Le conseil se réunit ensuite en privé pour essayer de formuler une recommandation ou une décision. Si les parties n'acceptent pas ces propositions et si un différend ne peut être évité, le conseil est dans une position privilégiée, s'il a l'autorisation des parties, pour le résoudre rapidement en raison de sa connaissance des problèmes et des documents contractuels.

26. Étant donné la durée généralement longue des projets d'infrastructure à financement privé, de nombreuses circonstances afférentes à leur exécution peuvent changer avant la fin de la concession. Les conséquences de certains de ces changements peuvent être automatiquement prises en compte dans l'accord de projet (voir chap.IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 126 à 130) mais d'autres modifications se prêtent plus difficilement à insertion dans un mécanisme d'ajustement automatique ou bien les parties peuvent préférer les en exclure. Il importe donc que les parties mettent en place des mécanismes pour traiter les différends pouvant découler des changements de circonstances. Cela est particulièrement important au stade de l'exploitation du projet. Lorsque les parties sont convenues de règles permettant de réviser

les clauses de l'accord de projet à la suite de certaines circonstances, peut se poser la question de savoir si ces circonstances se sont véritablement produites et, dans l'affirmative, comment il faut modifier ou compléter les clauses contractuelles. Pour faciliter le règlement d'éventuels différends et éviter tout blocage lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur une révision du contrat, il est souhaitable qu'elles précisent si certaines clauses contractuelles peuvent être modifiées ou complétées par le conseil d'examen des différends, et dans quelle mesure. On notera, à cet égard, que les parties n'auront pas toujours la possibilité de recourir à un tribunal arbitral ou à une juridiction étatique du pays à cette fin. En effet, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux et les arbitres n'ont pas compétence pour modifier ou compléter des clauses contractuelles. Dans d'autres, ils ne peuvent le faire que s'ils y sont expressément autorisés par les parties. Dans d'autres encore, les arbitres peuvent le faire mais non les tribunaux.

27. La législation qui régit les procédures arbitrales ou juridictionnelles peut déterminer dans quelle mesure les parties peuvent autoriser des arbitres ou une juridiction étatique à réexaminer une décision du conseil d'examen des différends. Si un tel réexamen est exclu, la décision du conseil a l'avantage d'être immédiatement définitive et obligatoire. Toutefois, s'il est autorisé, les parties auront davantage l'assurance que la décision est correcte. Au début, les clauses relatives aux conseils d'examen des différends ne prévoyaient pas que les recommandations de ces derniers deviendraient définitives si elles n'étaient pas contestées dans une procédure arbitrale ou devant une juridiction étatique. Dans la pratique, toutefois, la force persuasive de recommandations adoptées à l'unanimité par des experts indépendants nommés conjointement par les parties a conduit les autorités contractantes comme les sociétés de projet à accepter volontairement ces recommandations plutôt que de s'en remettre aux tribunaux. Aujourd'hui, les mêmes clauses stipulent généralement qu'une décision du conseil, si elle ne s'impose pas immédiatement aux parties, devient obligatoire sauf si l'une d'entre elles ou les deux soumet le différend à l'arbitrage ou à une juridiction étatique dans un délai déterminé. Les parties tiennent souvent compte, non seulement de la possibilité d'éviter une procédure qui risque d'être très longue, mais également de la difficulté que pourra avoir la juridiction étatique ou le tribunal arbitral à remettre en cause une recommandation dont la force est d'autant plus grande qu'elle a été formulée par des experts indépendants connaissant bien le projet depuis le départ et fondée sur une observation dudit projet avant la naissance du différend et au moment de ce dernier.

28. Les parties peuvent convenir, quoiqu'elles le fassent très rarement, que la décision du conseil sera définitive et obligatoire. On notera, toutefois, que même si les parties conviennent d'être ainsi liées, dans de nombreux systèmes juridiques cette décision, bien qu'obligatoire en tant que contrat, peut ne pas être exécutoire dans une procédure en référé telle qu'une procédure d'exécution d'une sentence arbitrale, puisqu'elle n'a pas valeur de sentence arbitrale. Si les parties envisagent de recourir à un conseil d'examen des différends, il leur faudra régler diverses questions de procédure dans l'accord de projet. Il serait souhaitable que cet accord délimite aussi précisément que possible les pouvoirs conférés au conseil. S'agissant de la

nature de ses fonctions, l'accord de projet pourrait autoriser le conseil à présenter des conclusions sur les faits et à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Les fonctions peuvent être précisées ainsi que le type de questions pouvant être traitées. Si les parties sont autorisées à porter leur différend devant un tribunal arbitral ou une juridiction étatique dans un certain délai après le prononcé de la décision, elles pourraient préciser que les conclusions sur les faits présentées par le conseil ne peuvent être réfutées dans une procédure arbitrale ou juridictionnelle. L'accord de projet pourrait également faire obligation aux parties d'exécuter une décision prise par le conseil concernant des mesures provisoires ou conservatoires ou une décision sur le fond de certaines questions précisées; si elles ne le font pas, elles seront réputées avoir manqué à une obligation contractuelle. S'agissant de la durée des fonctions du conseil, l'accord de projet peut prévoir qu'il continuera de fonctionner pendant un certain temps après l'expiration ou la résiliation de cet accord, afin d'examiner les différends pouvant apparaître à ce stade (par exemple, les différends sur l'état des biens remis à l'autorité contractante et l'indemnisation due pour ces biens).

j) Arbitrage non contraignant

29. Cette procédure est parfois utilisée lorsque des procédés à caractère moins contradictoire tels que la négociation facilitée, la conciliation ou le conseil d'examen des différends n'ont pas donné de résultats. Ce type d'arbitrage est mené de la même manière qu'un arbitrage contraignant et les règles peuvent être les mêmes à ceci près que la procédure aboutit à une recommandation. Si cette procédure échoue, il est prévu que les parties soumettent directement leur différend à une juridiction étatique. Ceux qui choisissent l'arbitrage non contraignant le font a) s'ils ont des réserves quant à la nature contraignante de l'arbitrage; ou b) comme incitation pour éviter à la fois l'arbitrage et une action en justice: l'arbitrage parce qu'il semblerait superflu d'engager deux fois la même procédure et l'action en justice en raison de sa durée et de son coût.

k) Arbitrage

30. L'arbitrage est de plus en plus utilisé depuis quelques années pour régler les différends pouvant surgir dans des projets d'infrastructure à financement privé. On y a généralement recours à la fois pour le règlement des différends qui apparaissent pendant la construction ou l'exploitation de l'ouvrage et pour ceux auxquels donne lieu l'expiration ou la résiliation de l'accord de projet. Les investisseurs privés et les prêteurs, en particulier étrangers, préfèrent cette procédure dans la mesure où elle peut être structurée par les parties de manière à être moins formelle qu'une procédure juridictionnelle et mieux adaptée à leurs besoins et aux particularités des différends susceptibles de naître dans le cadre de l'accord de projet. Les parties peuvent choisir comme arbitres des personnes ayant une connaissance approfondie du type de projet visé. Elles peuvent aussi choisir le lieu où se tiendra la procédure arbitrale, ainsi que la langue ou les langues qui y seront utilisées. Une procédure arbitrale perturbera peut-être moins les relations commerciales entre les parties qu'une action en justice. La procédure et la sentence

arbitrales peuvent demeurer confidentielles, ce qui n'est généralement pas possible pour la procédure et les décisions juridictionnelles. Par ailleurs, l'exécution d'une sentence arbitrale dans des pays autres que celui où elle a été rendue se trouve facilitée par la large acceptation de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958².

31. Pour ce qui est en particulier des projets d'infrastructure auxquels participent des investisseurs étrangers, on notera que la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États³ peut constituer un cadre pour le règlement des différends entre l'autorité contractante et les sociétés étrangères membres d'un consortium. Cette convention, à laquelle ont adhéré à ce jour 131 États, a porté création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Le CIRDI est une organisation internationale autonome ayant des liens étroits avec la Banque mondiale. Il offre des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants. Le recours à ses services de conciliation et d'arbitrage est volontaire. Cependant, une fois que les parties à un contrat ou à un différend ont consenti à soumettre ce dernier au Centre dans le cadre de la Convention, aucune ne peut retirer unilatéralement ce consentement. Tous les membres du CIRDI, qu'ils soient ou non parties à un différend, sont tenus par la Convention de reconnaître et d'exécuter ses sentences arbitrales. Le consentement des parties à l'arbitrage du Centre peut être donné pour un litige existant ou pour une catégorie déterminée de litiges futurs. Les parties ne sont cependant pas tenues de donner leur consentement pour un projet particulier; un pays hôte pourrait, dans sa législation sur la promotion des investissements, offrir de soumettre au Centre les différends nés de certaines catégories d'investissements et l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant cette offre par écrit.

32. Les accords bilatéraux d'investissement peuvent également prévoir un cadre pour le règlement des différends entre l'autorité contractante et les sociétés étrangères. Dans ces accords, l'État hôte offre généralement aux investisseurs qui sont ressortissants de l'autre État signataire un certain nombre de garanties (voir chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 4 à 6) et manifeste son consentement à l'arbitrage, par exemple par

²Voir *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 330, n° 4739, texte reproduit dans le *Registre des conventions et autres instruments relatif au droit commercial international*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.73.V.3).

³Voir *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 575, n° 8359.

référence au CIRDI ou à un tribunal arbitral appliquant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI⁴.

i) Immunité de l'État souverain

33. Le législateur peut souhaiter réexaminer les lois relatives à l'immunité souveraine et, dans la mesure jugée souhaitable, préciser dans quels domaines les autorités contractantes sont ou non autorisées à invoquer cette immunité. Lorsque l'arbitrage est autorisé et lorsque les parties à l'accord de projet le choisissent pour régler leurs différends, l'application de la convention d'arbitrage peut être rendue difficile ou être entravée si l'autorité contractante a la possibilité d'invoquer l'immunité de l'État souverain, soit pour empêcher l'ouverture de la procédure, soit comme moyen de défense contre la reconnaissance et l'exécution de la sentence. Il arrive que les textes législatifs sur cette question ne soient pas clairs. Les parties intéressées (par exemple, le concessionnaire, les promoteurs du projet ou les prêteurs) peuvent alors craindre que la convention d'arbitrage soit inopérante. Afin d'apaiser de telles craintes, il est souhaitable de réexaminer la législation sur la question et d'indiquer dans quelle mesure l'autorité contractante peut invoquer l'immunité de l'État souverain.

34. En outre, lorsqu'une sentence est défavorable à une autorité contractante, cette dernière peut invoquer l'immunité d'exécution contre les biens de l'État. La question de l'immunité d'exécution des États fait l'objet de diverses approches. Par exemple, dans certaines législations nationales, elle ne s'étend pas aux entités publiques qui ont une activité commerciale. Dans d'autres, il faut qu'existe un lien entre le bien devant être saisi et la demande de saisie dans la mesure où, par exemple, l'immunité ne peut pas être invoquée lorsque la demande porte sur des fonds alloués à une activité économique ou commerciale régie par le droit privé, ou encore dans la mesure où l'immunité ne peut pas être invoquée pour des biens affectés par l'État à ses activités commerciales. Dans certains pays, on considère que c'est à l'État de prouver que les biens devant faire l'objet d'une saisie n'ont pas un usage commercial.

35. Dans certains contrats où des parties sont des entités qui peuvent invoquer l'immunité de l'État souverain, des clauses ont été incluses stipulant que les pouvoirs publics renoncent à leur droit d'invoquer l'immunité souveraine. Un tel consentement ou une telle renonciation pourrait figurer dans l'accord de projet ou dans un accord international; il

⁴Le texte officiel du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17)*, chap. V, sect. C (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. VII, 1976, 1^{re} partie, chap. II, sect. A (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.77.V.1). Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a également été publié sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.77.V.6). Il est accompagné d'une clause d'arbitrage type rédigée comme suit: "Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur." L'Assemblée générale a recommandé l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans sa résolution 31/98 du 15 décembre 1976.

pourrait s'agir uniquement de reconnaître que certains biens sont utilisés ou destinés à être utilisés à des fins commerciales. De telles clauses écrites peuvent être nécessaires lorsqu'il n'est pas clair que la conclusion d'une convention d'arbitrage et la participation de l'entité publique à une procédure arbitrale constituent une renonciation implicite à l'immunité d'exécution.

ii) *Valeur pratique de la convention d'arbitrage et force exécutoire de la sentence*

36. La valeur pratique d'une convention d'arbitrage dépend du régime législatif du lieu de l'arbitrage. Si une partie juge que le régime du pays hôte en matière d'arbitrage n'est pas satisfaisant, par exemple parce qu'elle estime qu'il soumet l'autonomie des parties à des restrictions déraisonnables, elle peut souhaiter convenir d'un lieu d'arbitrage situé en dehors de ce pays. Il est donc important que ce dernier garantisse que la législation interne en matière d'arbitrage règle les principales questions de procédure de manière appropriée pour les arbitrages internationaux. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international⁵ contient un tel régime.

37. Si l'arbitrage a lieu en dehors du pays hôte, ou si une sentence rendue dans le pays hôte devra être exécutée à l'étranger, la valeur pratique de la convention d'arbitrage dépendra également de la législation qui régit la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (voir par. 30) traite, entre autres, de la reconnaissance d'une convention d'arbitrage et des motifs que peut invoquer le tribunal pour refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence. On estime généralement que cette convention offre un régime acceptable et équilibré pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Le fait que le pays hôte y soit partie sera certainement considéré comme un élément crucial lorsqu'il s'agira de déterminer la sécurité juridique des engagements contraignants pris et la fiabilité de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends avec les parties du pays. L'exécution à l'étranger d'une sentence arbitrale rendue dans le pays hôte s'en trouverait aussi facilitée.

l) *Procédure juridictionnelle*

38. Comme il a été indiqué plus haut, il existe des systèmes juridiques où le règlement des différends pouvant naître d'accords relatifs à la prestation de services publics relève exclusivement de la compétence des tribunaux judiciaires ou administratifs nationaux. Dans plusieurs pays, les organismes publics ne sont pas autorisés à compromettre, sauf dans certains cas précis

⁵Pour le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, voir les *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17)*, par. 332 et annexe I. Dans sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé que tous les États prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international.

(voir par. 7 à 9), alors que dans d'autres, les parties ont toute liberté de choisir entre une procédure juridictionnelle et une procédure arbitrale.

39. Lorsque les parties ont la possibilité de choisir entre une procédure juridictionnelle et une procédure arbitrale, l'autorité contractante peut avoir des raisons de demander que tout différend soit réglé par les tribunaux du pays hôte, car ceux-ci connaissent bien la législation interne, qui comprend souvent des lois portant spécifiquement sur l'accord de projet. Cette préférence de l'autorité contractante ou d'autres organismes publics peut être due également au fait qu'ils connaissent bien la procédure appliquée par les tribunaux locaux et la langue utilisée dans la procédure. Une autre considération peut être que, dans la mesure où des questions d'ordre public et de protection de l'intérêt général interviennent dans les accords de projet, les juridictions étatiques sont mieux à même de donner effet à ces accords.

40. Toutefois, les investisseurs potentiels, les bailleurs de fonds et d'autres parties du secteur privé peuvent ne pas partager les vues de l'autorité contractante sur ce point. Ils peuvent considérer que l'arbitrage est préférable à une procédure juridictionnelle dans la mesure où il est plus susceptible, étant davantage soumis à l'accord des parties qu'une procédure juridictionnelle, de régler efficacement un différend. Les investisseurs privés, en particulier étrangers, peuvent en outre être réticents à porter un différend devant un tribunal du pays hôte appliquant des règles qu'ils connaissent mal. Certains pays ont constaté qu'en autorisant les parties à choisir elles-mêmes un mécanisme de règlement des différends, ils pouvaient mieux attirer les investissements étrangers pour développer leur infrastructure.

41. Les facteurs que les parties prennent généralement en considération pour déterminer si un différend doit être résolu par voie juridictionnelle ou s'il est préférable de prévoir une convention d'arbitrage, à condition que le droit applicable autorise un tel choix, sont, par exemple, la confiance dans l'impartialité des tribunaux compétents et le règlement du différend dans des délais raisonnables. D'autres facteurs dont il est tenu compte sont l'efficacité du système juridictionnel national et l'existence de voies de recours juridictionnel adaptées aux différends auxquels peut donner lieu l'accord de projet. En outre, étant donné que les projets d'infrastructure comportent généralement des questions très techniques et complexes, les parties examineront également les conséquences du recours à des arbitres choisis pour leur connaissance et leur expérience du domaine visé par rapport aux tribunaux du pays hôte qui peuvent ne pas avoir la connaissance ou l'habitude des questions techniques liées au domaine dans lequel est né le différend. Les parties peuvent aussi tenir compte de la confidentialité de la procédure d'arbitrage, de son côté relativement informel et de la flexibilité éventuellement plus grande dont peuvent faire preuve les arbitres dans les solutions qu'ils imposent, autant de facteurs qui peuvent contribuer à préserver et à améliorer la relation à long terme implicite dans les accords de projet.

C. Différends entre les promoteurs du projet et entre le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs

42. Les législations nationales reconnaissent généralement que dans les transactions commerciales, en particulier internationales, les parties sont libres de convenir du for qui statuera, par une décision ayant force obligatoire, sur tout différend pouvant surgir entre elles. Dans les transactions internationales, l'arbitrage est devenu la méthode préférée, qu'il soit ou non précédé d'une conciliation ou associé à cette dernière. Les contrats passés entre le concessionnaire et les prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs, pour des projets d'infrastructure à financement privé, sont généralement considérés comme des accords commerciaux. En conséquence, les parties à ces contrats sont habituellement libres de choisir la méthode de règlement des différends qu'elles préfèrent et qui inclut dans la plupart des cas l'arbitrage. Les prêteurs, toutefois, quoique favorisant le plus souvent l'arbitrage pour le règlement des différends issus de l'accord de projet (et de plus en plus également des différends entre eux), préfèrent souvent une procédure juridictionnelle pour régler les différends auxquels les accords de prêts entre eux et le concessionnaire peuvent donner lieu. Lorsque la méthode préférée est l'arbitrage, les parties souhaiteront normalement pouvoir sélectionner le lieu de ce dernier et déterminer s'il doit être ou non organisé par un organisme d'arbitrage. Les pays hôtes qui souhaitent créer un climat juridique favorable aux projets d'infrastructure à financement privé seraient avisés de réexaminer leurs lois en ce qui concerne ces contrats de façon à éliminer toute incertitude quant à la liberté des parties de convenir de modes de règlement des différends.

D. Différends auxquels sont parties des clients ou des usagers de l'infrastructure

43. Selon le type de projet considéré, le concessionnaire peut fournir des biens et des services à diverses personnes et entités, telles que des entreprises étatiques de services publics qui achètent l'électricité ou l'eau au concessionnaire pour la revendre aux utilisateurs finals; des sociétés commerciales, telles que des compagnies aériennes ou des compagnies maritimes qui passent un contrat pour l'utilisation de l'aéroport ou du port; ou des particuliers s'acquittant d'un droit de péage pour emprunter une route. Les considérations et les politiques concernant le règlement des différends pouvant naître de ces relations juridiques peuvent varier en fonction des parties, des conditions dans lesquelles les services sont fournis et du régime de réglementation applicable.

44. Dans certains pays, les prestataires de services publics sont tenus par la loi de mettre en place des mécanismes spéciaux simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations de leurs clients. Cette réglementation spéciale est habituellement limitée à certains secteurs industriels et s'applique aux achats de biens ou de services par des clients. Elle peut s'appliquer de manière générale aux réclamations déposées par tous les clients du concessionnaire ou

être limitée aux particuliers n'agissant pas en tant que commerçants. L'obligation du concessionnaire peut être limitée à la mise en place d'un mécanisme de réception et de traitement des réclamations de particuliers, tel qu'une facilité ou un service spécialement chargé au sein de la société de projet de recevoir et traiter rapidement les réclamations avec, par exemple, mise à la disposition des clients de formulaires types ou de numéros de téléphone gratuits. Si la question n'est pas résolue de manière satisfaisante, le client peut avoir le droit de porter plainte devant un organisme de réglementation, s'il en existe, qui, dans certains pays, peut être habilité à rendre une décision obligatoire. De tels mécanismes sont souvent facultatifs pour le consommateur et ne l'empêchent pas d'entamer une action en justice.

45. Si les clients sont des entreprises de services publics (par exemple, une société de distribution d'électricité) ou des entreprises commerciales (par exemple, une grosse usine achetant de l'électricité directement à un producteur indépendant) qui choisissent librement les services fournis par le concessionnaire et négocient les clauses de leurs contrats, les parties régleront généralement tout différend par les méthodes usuelles dans les contrats commerciaux, y compris l'arbitrage. Il peut donc ne pas être nécessaire de traiter la question du règlement de ces différends dans la législation relative aux projets d'infrastructure à financement privé. Toutefois, lorsque les clients du concessionnaire sont des entités publiques, leur liberté peut être limitée par les règles du droit administratif régissant le règlement des différends auxquels sont parties des entités publiques. Pour les pays qui souhaitent autoriser le recours à des méthodes extrajuridictionnelles, y compris l'arbitrage, pour le règlement des différends entre le concessionnaire et ceux de ses clients qui sont des entités publiques, il est important d'éliminer les obstacles juridiques éventuels et d'autoriser clairement ces entités à convenir de modes de règlement de leurs différends (voir par. 7 à 9).

VII. Autres domaines pertinents du droit

A. Remarques générales

1. Le stade de développement de la législation pertinente du pays hôte, la stabilité de son système juridique et l'adéquation des recours que peuvent utiliser les particuliers et les entreprises privées sont des éléments essentiels du cadre juridique général applicable aux projets d'infrastructure à financement privé. En passant en revue et, lorsqu'il y a lieu, en améliorant les lois en vigueur dans les domaines qui intéressent directement les projets d'infrastructure à financement privé, le pays hôte contribuera beaucoup à créer un climat propice aux investissements du secteur privé dans les infrastructures. Une plus grande sécurité juridique et un cadre juridique favorable se traduiront par une meilleure évaluation des risques de pays par les prêteurs et les promoteurs des projets, ce qui permettra de mobiliser à moindres frais des capitaux privés et réduira la nécessité d'un appui ou de garanties des pouvoirs publics (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60).

2. La section B met en relief quelques aspects des lois du pays hôte qui, sans nécessairement concerner directement les projets d'infrastructure à financement privé, peuvent avoir un impact sur leur réalisation (voir par. 3 à 52). La section C analyse l'applicabilité éventuelle de quelques accords internationaux à la réalisation dans le pays hôte de projets d'infrastructure à financement privé (voir par. 53 à 57).

B. Autres domaines pertinents du droit

3. En plus des questions relatives à la législation touchant directement les projets d'infrastructure à financement privé, un cadre juridique favorable exige l'adoption de dispositions appropriées dans d'autres domaines de droit. L'existence d'une législation encourageant et protégeant les investissements privés dans les activités économiques attirera de tels investissements. Les paragraphes qui suivent indiquent seulement quelques aspects d'autres domaines du droit pouvant avoir un impact sur la réalisation de projets d'infrastructure. L'existence de dispositions appropriées dans ces autres domaines peut faciliter un certain nombre d'opérations nécessaires pour exécuter des projets d'infrastructure et contribuer à réduire le risque juridique perçu de l'investissement dans le pays hôte.

1. Promotion et protection des investissements

4. Un point qui intéresse particulièrement les promoteurs du projet et les prêteurs est le degré de protection accordé aux investissements dans le pays hôte. Les investisseurs étrangers auront besoin d'avoir l'assurance qu'ils seront protégés contre une nationalisation ou une expropriation sans recours

juridictionnel et sans indemnisation appropriée conformément aux règles en vigueur dans le pays hôte et au droit international. Les promoteurs du projet souhaiteront également savoir dans quelle mesure ils pourront, entre autres, faire venir dans le pays sans restriction déraisonnable le personnel qualifié nécessaire pour travailler sur le projet, importer les biens et le matériel nécessaires, avoir accès aux devises étrangères dont ils auront besoin et transférer à l'étranger ou rapatrier leurs bénéfices et les sommes nécessaires au remboursement de prêts qu'ils auront contractés aux fins du projet. Outre les garanties spécifiques que peuvent fournir les pouvoirs publics (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 45 à 50), l'adoption de mesures législatives touchant la promotion et la protection des investissements peut beaucoup faciliter la réalisation de projets d'infrastructure à financement privé. Pour les pays ayant déjà une législation adéquate en matière de protection des investissements, il peut être utile d'envisager expressément d'étendre cette protection aux investissements privés dans des projets d'infrastructure.

5. Un nombre croissant de pays ont conclu des accords bilatéraux qui visent à faciliter et à protéger les flux d'investissements entre les parties contractantes. Ces accords comportent généralement des dispositions concernant l'admission et le traitement des investissements étrangers, le transfert des capitaux entre les parties contractantes (par exemple, versement de dividendes à l'étranger ou rapatriement des investissements), la disponibilité de devises étrangères pour le transfert ou le rapatriement du produit des investissements, la protection contre l'expropriation et la nationalisation et le règlement des litiges relatifs aux investissements. L'existence d'un tel accord entre le pays hôte et le ou les pays d'origine des promoteurs du projet peut jouer un rôle important dans la décision d'investir dans le pays hôte. Selon ses conditions, un tel accord peut réduire le besoin d'assurances ou de garanties de l'État pour des projets d'infrastructure particuliers. Les traités multilatéraux peuvent également être une source de dispositions relatives à la protection des investisseurs.

6. En outre, dans un certain nombre de pays, des règles visant à faciliter et protéger les flux d'investissements (et portant aussi sur des domaines tels que la législation sur l'immigration, le contrôle des importations et le contrôle des changes) sont contenues dans des lois qui n'ont pas nécessairement pour base un traité bilatéral ou multilatéral.

2. Droit de la propriété

7. Il est souhaitable que le droit de la propriété du pays hôte corresponde à des normes internationales acceptables et contienne des dispositions adéquates sur la propriété et l'utilisation des terrains et immeubles ainsi que des biens meubles et incorporels, et permette au concessionnaire d'acheter, de vendre, de transférer et d'autoriser l'utilisation des biens, selon les cas. On a constaté que la garantie des droits de propriété par des dispositions constitutionnelles contribuait de façon importante à encourager les investissements privés dans de nombreux pays.

8. Lorsque le concessionnaire est propriétaire des terrains sur lesquels est réalisé l'ouvrage, il importe que la propriété de ces terrains puisse être établie

clairement et sans équivoque par des procédures adéquates d'enregistrement et de publicité. Le concessionnaire et les prêteurs auront besoin d'une preuve claire qu'elle ne donnera pas matière à litige. Autrement dit, ils hésiteront à engager des fonds pour le projet si les lois du pays hôte ne fournissent pas de moyens satisfaisants d'établir qui est propriétaire des terrains.

9. Il faut en outre mettre en place des mécanismes efficaces permettant de faire respecter les droits de propriété et les droits de jouissance accordés au concessionnaire. Ces mécanismes devraient également s'appliquer aux servitudes dont le concessionnaire peut avoir besoin pour fournir les services requis (par exemple, pose de pylônes sur des terrains privés pour la distribution d'électricité) (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 30 à 35).

3. *Sûretés*

10. Comme cela a été indiqué précédemment (voir chap. IV "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 52 à 61), les dispositions relatives aux garanties dans les projets d'infrastructure à financement privé peuvent être complexes et prévoir diverses formes de sûreté, dont une sûreté réelle sur les biens matériels du concessionnaire (hypothèque ou nantissement, par exemple), le gage d'actions du concessionnaire et la cession de biens incorporels (créances) du projet. Alors que le droit applicable aux accords de prêts est généralement celui choisi par les parties, c'est dans la plupart des cas la loi du pays hôte qui détermine le type d'action en garantie pouvant être engagée contre des biens situés dans le pays hôte et les recours disponibles.

11. Les différences dans les types de sûretés ou les limites des recours disponibles en vertu des lois du pays hôte peuvent être une source de préoccupation pour les prêteurs potentiels. Il est donc important de veiller à ce que le droit interne prévoit une protection juridique suffisante aux créanciers nantis et ne fasse pas obstacle à la capacité des parties d'établir des arrangements appropriés en matière de sûretés. En raison des différences marquées qui caractérisent le droit des sûretés en vigueur dans les différents pays, le *Guide* n'analysera pas en détail les aspects techniques des mesures législatives à promulguer, et ce qui suit n'est qu'un aperçu général des principaux éléments d'un régime moderne d'opérations garanties.

12. Dans certains systèmes juridiques, des sûretés peuvent être constituées sur presque tous les types de biens, y compris la propriété intellectuelle, tandis que dans d'autres elles ne peuvent l'être que sur une catégorie limitée, comme des biens immobiliers. Dans d'autres encore, des sûretés peuvent être constituées sur des biens qui n'existent pas encore (biens futurs) et sur l'ensemble des biens d'une société tout en permettant à celle-ci de continuer d'en disposer dans le cadre de son activité normale. Quelques systèmes juridiques prévoient des sûretés non possessoires, qui permettent au créancier d'obtenir une garantie, même s'il n'a pas la possession effective des biens en question; dans d'autres, une sûreté ne peut être constituée, dans le cas de biens dont le titre de propriété n'est pas soumis à enregistrement, que moyennant possession physique ou présumée. Dans certains systèmes juridiques, mais pas dans d'autres, la sûreté peut être réalisée sans

l'intervention des tribunaux. Plusieurs pays prévoient des recours qui permettent au créancier nanti non seulement de vendre ou de faire vendre le bien grevé d'une sûreté, mais aussi d'en prendre possession ou de faire désigner un syndic; dans d'autres, le principal recours à la disposition du créancier est la vente judiciaire. Dans différents pays, certains types de sûretés confèrent des droits ayant priorité sur ceux des créanciers privilégiés tandis que, dans d'autres, ces derniers priment sur tous les autres types de créanciers nantis. La constitution d'une sûreté est peu coûteuse dans certains pays, les droits et taxes à acquitter étant minimes, tandis qu'elle est onéreuse dans d'autres. Certains pays n'imposent aucune limite au montant de la sûreté tandis que, dans d'autres, celle-ci ne peut pas être excessive par rapport au montant de la créance. Certains systèmes juridiques imposent au créancier nanti certaines obligations dans le cas de réalisation de la sûreté, par exemple celle de prendre des dispositions assurant que le bien sera vendu à sa juste valeur marchande.

13. La protection juridique de base peut comporter des dispositions visant à ce qu'une sûreté réelle (par exemple, une hypothèque) puisse faire l'objet d'une inscription pour que, une fois qu'elle est inscrite sur le registre central des titres de propriété ou un autre registre public, tout acheteur du bien auquel la sûreté est attachée soit tenu de prendre ce bien compte tenu de la sûreté. Cela peut être difficile dans nombre de pays où il n'existe pas de registre central de la propriété. En outre, la sûreté devrait être opposable aux tiers, avoir le caractère d'un droit de propriété et non d'une simple obligation, et devrait habiliter la personne qui la reçoit à vendre, dans une procédure d'exécution, les biens pris en garantie.

14. Un autre aspect important a trait à la latitude donnée aux parties pour définir les biens devant servir de garantie. Dans certains systèmes juridiques cette latitude est grande. Parfois, des sûretés peuvent être constituées sur tous les biens d'une entreprise, ce qui permet de vendre celle-ci comme une affaire viable, et peut aider à sauver une entreprise en difficulté tout en augmentant les sommes pouvant être recouvrées par le créancier nanti. D'autres systèmes juridiques, en revanche, ne permettent que la constitution d'une sûreté sur des biens spécifiques et ne reconnaissent pas les sûretés portant sur la totalité des biens du débiteur. Il peut également y avoir des limites à la capacité du débiteur de négocier les biens constitués en garantie. Étant donné ces limites et restrictions, il est difficile, sinon impossible, pour le débiteur de constituer des sûretés sur des biens décrits de façon générique ou sur des biens faisant l'objet d'échanges dans le cadre de son activité habituelle.

15. Étant donné la longue durée des projets d'infrastructure à financement privé, les parties peuvent souhaiter définir les biens sur lesquels sont constituées des sûretés à titre particulier ou général. Elles peuvent souhaiter également que ces sûretés portent sur des biens présents ou futurs et sur les biens qui pourraient changer pendant la durée de la garantie. Il peut être bon d'examiner les dispositions existantes sur les sûretés réelles afin d'inclure des dispositions permettant aux parties de conclure des arrangements appropriés les concernant.

16. Jusqu'ici, aucun régime ou modèle uniforme complet pour la formulation de lois nationales sur les garanties n'a été élaboré par des organismes intergouvernementaux internationaux. Les pays auraient peut-être cependant intérêt à suivre les efforts entrepris dans ce domaine par différentes organisations¹. La Loi type sur les transactions garanties rédigée par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) pour aider les efforts de réforme législative dans les pays d'Europe centrale et orientale pourrait remplir ce rôle. Outre des dispositions générales indiquant qui peut constituer et qui peut recevoir une sûreté et des règles générales concernant les créances garanties et les biens constitués en sûreté, cette loi type aborde des questions telles que la constitution de sûretés, les intérêts des tiers, l'exécution des garanties et les procédures d'enregistrement.

4. *Droit de la propriété intellectuelle*

17. Les projets d'infrastructure à financement privé font souvent appel à des technologies nouvelles ou de pointe protégées par des brevets ou par des droits de propriété intellectuelle similaires. Ils peuvent également comporter la formulation et la soumission de solutions originales ou novatrices pouvant constituer une information exclusive appartenant à celui qui les propose au titre de la protection des droits d'auteur. Les investisseurs privés, nationaux et étrangers, qui apportent une technologie nouvelle ou de pointe dans le pays ou élaborent des solutions originales devront donc avoir l'assurance que leurs droits de propriété intellectuelle seront protégés et qu'ils seront en mesure de les faire valoir contre des contrefaçons, ce qui peut nécessiter l'adoption de dispositions de droit pénal pour combattre ces dernières.

18. L'adhésion aux accords internationaux concernant la protection et l'enregistrement des droits de propriété intellectuelle permet de disposer d'un cadre juridique pour la protection de la propriété intellectuelle. Il serait

¹La CNUDCI élabore actuellement une convention sur la cession de créances dans le commerce international. Ce projet de convention vise à créer sécurité et transparence, à contribuer à la modernisation du droit relatif à la cession de créances et à promouvoir l'accès aux capitaux et au crédit à des taux plus abordables. Les règles qu'il énonce facilite la réalisation de ces objectifs notamment en reconnaissant la validité et en appuyant le recours aux cessions de créances, notamment les cessions de créances futures et les cessions globales, qui sont devenues la principale source nouvelle de crédits sur les marchés internationaux des capitaux. Ce projet devrait être finalisé en 2001. Le projet de convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles élaboré par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) et d'autres organisations représente une autre initiative internationale. Le projet de convention d'Unidroit a essentiellement pour but de prévoir la constitution et les effets d'une nouvelle garantie internationale portant sur des matériels d'équipement mobiles, définie de manière à englober non seulement les sûretés classiques mais aussi ce qui est de plus en plus reconnu comme leur équivalent fonctionnel, à savoir la garantie du bailleur dans le cadre d'un contrat de bail. Ce texte ainsi que les avant-projets de protocoles s'y rapportant (dont un porte sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques, un deuxième sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement ferroviaires et un troisième sur les questions spécifiques aux biens spatiaux) couvrent des catégories de matériels d'équipement mobiles de forte valeur qui, de par leur nature, font régulièrement l'objet de déplacements transfrontières dans le cadre normal des activités et qui sont susceptibles d'individualisation.

souhaitable de renforcer la protection des droits de propriété intellectuelle en s'inspirant d'instruments comme la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1883². Cette convention s'applique à la propriété industrielle au sens large, y compris notamment aux inventions, marques de commerce ou de fabrique, dessins industriels, modèles d'utilité et indications géographiques et à la répression de la concurrence déloyale. Elle dispose que les États contractants doivent s'accorder réciproquement le traitement national en matière de protection de la propriété industrielle. Elle établit également le principe de la priorité dans le cas de brevets, marques de commerce et de fabrique et dessins industriels, et contient un petit nombre de règles communes que tous les États contractants doivent suivre en matière de brevets, marques de commerce et de fabrique, dessins industriels, indications d'origine, concurrence déloyale et administrations nationales. Un autre instrument de protection internationale des brevets est le Traité de 1970 sur la coopération en matière de brevets, qui permet aux États de faire protéger un brevet d'invention simultanément dans chacun des États parties au moyen du dépôt d'une demande internationale d'enregistrement. Dans certains pays, les normes internationales sont complétées par des lois visant à assurer une protection juridique aux nouveautés technologiques, par exemple des lois protégeant les droits de propriété intellectuelle sur la conception de logiciels et de matériel informatique.

19. D'autres instruments importants concernant la protection internationale des droits de propriété industrielle sont l'Accord de Madrid de 1891 concernant l'enregistrement international des marques de commerce et de fabrique³, le Protocole à l'Accord de Madrid de 1989, et le Règlement commun d'application de l'Accord de Madrid et du Protocole y relatif de 1998. L'Accord de Madrid prévoit l'enregistrement international des marques de commerce, de fabrique et de services au Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). L'enregistrement international des marques en vertu de l'Accord de Madrid est valable dans plusieurs pays, et potentiellement dans tous les États contractants (sauf le pays d'origine). En outre, le Traité de 1994 relatif aux marques de commerce ou de fabrique a simplifié et harmonisé les procédures de demandes d'enregistrement des marques, de modification des marques déposées et de renouvellement de l'enregistrement.

20. En matière de dessins industriels, l'Accord de La Haye de 1925 relatif au dépôt international des dessins industriels⁴ régit le dépôt international des dessins industriels au Bureau international de l'OMPI. Le dépôt international a, dans chacun des États contractants désignés par le déposant, le même effet que si toutes les formalités requises par le droit

²Telle que révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et telle qu'amendée le 2 octobre 1979.

³Tel que révisé à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Nice le 15 juin 1957 et à Stockholm le 14 juillet 1967.

⁴Avec l'Acte additionnel de Monaco de 1961, l'Acte complémentaire de Stockholm de 1967 tel que modifié le 28 septembre 1979 et le Règlement d'application de l'Accord de La Haye concernant le dépôt international des dessins industriels de 1998.

interne pour protéger le dessin industriel avaient été accomplies par le demandeur et que si tous les actes administratifs nécessaires à cette fin avaient été accomplis par le service compétent de ce pays.

21. L'accord multilatéral le plus complet sur la propriété intellectuelle, à ce jour, est l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC") qui a été négocié sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Les domaines de la propriété intellectuelle sur lesquels il porte sont les suivants: droit d'auteur et droits connexes (c'est-à-dire les droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion); marques, y compris les marques de services; les indications géographiques, y compris les appellations d'origine; les dessins et modèles industriels; les brevets, y compris la protection des obtentions végétales; les schémas de configuration de circuits intégrés; et les renseignements non divulgués, y compris les secrets de fabrique et les résultats des essais. Pour chacun des principaux domaines de la propriété intellectuelle qu'il couvre, l'Accord sur les ADPIC énonce les normes minimales de protection que doit assurer chaque partie contractante en demandant d'abord que soient respectées les obligations de fond, entre autres, de la Convention de Paris dans sa version la plus récente. Les principales dispositions de fond de cette convention sont incorporées par référence et deviennent donc des obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. Ce dernier ajoute en outre un nombre important d'autres obligations concernant des questions où les conventions préexistantes sur la propriété intellectuelle sont muettes ou bien considérées insuffisantes. Il expose aussi certains principes généraux applicables à toutes les procédures visant à faire valoir les droits de propriété intellectuelle. Il contient enfin des dispositions sur les procédures et recours civils et administratifs, les mesures provisoires, les exigences spéciales concernant les mesures à la frontière et les procédures pénales, qui précisent, de manière assez détaillée, les procédures et recours qui doivent être en place pour que les titulaires de droits de propriété intellectuelle puissent les faire respecter efficacement.

5. Règles et procédures d'expropriation

22. Lorsque les pouvoirs publics se chargent de fournir les terrains nécessaires pour la réalisation du projet, ils peuvent les acheter à leurs propriétaires ou bien, s'il le faut, les acquérir par expropriation (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 27 à 29). De nombreux pays ont une législation régissant les procédures d'expropriation, et elle s'appliquerait vraisemblablement à toute expropriation requise pour les projets d'infrastructure à financement privé.

23. L'expropriation peut s'effectuer selon une procédure administrative ou judiciaire ou bien en vertu d'un acte législatif spécial. Dans la plupart des cas, la procédure comporte des étapes administratives et judiciaires, qui peuvent être longues et complexes. Les pouvoirs publics souhaiteront donc peut-être, pour des raisons d'intérêt général, examiner les dispositions existantes en matière d'expropriation afin de déterminer si elles sont adaptées

aux besoins des grands projets d'infrastructure et si elles permettent des procédures rapides et d'un bon rapport coût-efficacité, tout en assurant une protection adéquate des droits des propriétaires. Dans la mesure autorisée par la loi, il est important de donner aux pouvoirs publics la possibilité de prendre possession du bien sans délai inutile, afin d'éviter une hausse des coûts du projet.

6. Règles applicables aux marchés publics et droit administratif

24. Dans nombre de systèmes juridiques de tradition romano-germanique ou influencés par cette tradition, la prestation des services publics est régie par un corpus juridique appelé droit administratif, qui régleme une large gamme d'attributions étatiques. Ces systèmes sont fondés sur le principe que l'État peut exercer ses pouvoirs et ses attributions par acte ou contrat administratif, étant entendu qu'il lui est aussi loisible de conclure des contrats de droit privé sous réserve du droit régissant les contrats privés commerciaux. Les différences entre ces deux types de contrats peuvent être importantes.

25. En droit administratif, le principe de l'autonomie des parties à un contrat privé est subordonné à l'intérêt général. Dans certains systèmes juridiques, l'État a le droit de modifier la portée et les dispositions des contrats administratifs, voire de les résilier pour des motifs d'intérêt général, sous réserve, habituellement, de réparation du préjudice subi par le contractant privé (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 26, 27 et 49). L'État peut également avoir de larges droits de suivi et d'inspection, ainsi que le droit de sanctionner l'exploitant privé qui manque à ses obligations. Ces droits sont souvent tempérés par l'obligation d'apporter au contrat les autres changements nécessaires pour rétablir l'équilibre financier initial entre les parties et pour préserver la valeur générale du contrat pour le contractant privé (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 126 à 130). Dans certains systèmes juridiques, les différends découlant de contrats conclus avec l'État relèvent de la compétence exclusive de tribunaux spéciaux qui connaissent exclusivement des questions administratives, tribunaux qui, dans certains pays, ne font pas partie du système judiciaire (voir chap. VI, "Règlement des différends", par. 38 à 41).

26. L'existence d'un régime juridique spécial applicable aux exploitants d'ouvrages d'infrastructure et aux prestataires de services publics n'est pas limitée aux systèmes juridiques évoqués ci-dessus. Bien que les pays qui s'inspirent de la tradition de la *common law* n'établissent pas de distinction catégorique entre les contrats administratifs et les contrats privés, des résultats analogues peuvent être obtenus par des moyens différents. Si ces systèmes juridiques considèrent généralement que le meilleur moyen de préserver l'état de droit est de soumettre l'État au droit privé ordinaire, il est généralement admis que l'État ne peut pas, par contrat, entraver l'exercice de ses attributions souveraines. Il ne peut pas limiter ses pouvoirs exécutifs futurs dans l'accomplissement des attributions étatiques qui touchent l'intérêt général. Selon la doctrine des actes de puissance publique appliquée dans certains pays de *common law*, l'État, en sa qualité de contractant, est dégagé

de ses obligations contractuelles si, en sa qualité de puissance publique, il promulgue dans l'intérêt général des lois, décrets ou arrêtés qui l'empêchent d'honorer ses obligations. Ainsi, la loi peut autoriser une autorité publique à modifier des droits contractuels acquis. Habituellement, ce droit est limité, de sorte que les changements apportés au contrat ne peuvent pas être tels que l'autre partie ne puisse pas raisonnablement s'y adapter. En pareilles circonstances, la partie privée a habituellement droit à une certaine forme d'indemnisation ou de réparation équitable. En prévision d'une telle éventualité, une clause standard concernant les "changements de circonstances" est dans certains pays incluse dans les contrats passés avec l'État pour permettre à celui-ci de modifier par décision unilatérale les conditions du contrat ou de stipuler que le contrat sera modifié s'il intervient un acte de puissance publique.

27. Ces systèmes juridiques justifient les prérogatives spéciales dont sont investis les organismes publics par des motifs d'intérêt général. Toutefois, il est généralement admis que ces prérogatives, et en particulier le pouvoir de modifier par décision unilatérale les clauses d'un contrat, risquent, si elles sont abusivement invoquées, de porter atteinte aux droits acquis des entreprises travaillant avec l'État. Aussi les pays, où la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure est une tradition bien établie, ont-ils mis en place une série de mécanismes de contrôle et de recours pour protéger les cocontractants des organismes publics contre tout acte arbitraire ou irrégulier de la part des autorités publiques, tels que l'accès à des organes impartiaux de règlement des différends et des plans d'indemnisation intégrale en cas d'abus de pouvoir. En l'absence d'une telle protection, les investisseurs potentiels peuvent considérer que les règles de droit conférant aux autorités publiques des prérogatives spéciales constituent un risque impondérable qui peut les décourager. Aussi certains pays ont-ils revu leur législation sur les marchés publics de façon à garantir la protection nécessaire pour encourager l'investissement privé et à supprimer les dispositions qui avaient fait naître des doutes quant à la stabilité contractuelle à long terme indispensable à la réalisation de projets d'infrastructure.

7. *Droit des contrats privés*

28. Le droit régissant les contrats privés a une incidence importante sur les contrats conclus par le concessionnaire avec ses sous-traitants, ses fournisseurs et d'autres tiers du secteur privé. Le droit interne relatif aux contrats privés doit apporter des solutions adéquates aux besoins des parties contractantes, y compris la souplesse requise dans l'élaboration des contrats nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage. Outre certains éléments essentiels d'un droit des contrats approprié, tels que la reconnaissance générale de l'autonomie de la volonté des parties, la possibilité de faire exécuter par voie juridictionnelle les obligations contractuelles et des recours adéquats en cas de rupture du contrat, les lois du pays hôte peuvent créer un environnement favorable pour les projets d'infrastructure à financement privé en facilitant les arrangements contractuels susceptibles d'être utilisés pour ces projets. Il importe aussi de mettre en place une série adéquate de règles de droit international privé vu qu'il est très probable que les contrats conclus par le concessionnaire

comporteront, sous une forme ou sous une autre, certains éléments internationaux.

29. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit, le concessionnaire peut avoir besoin d'importer de grandes quantités de matériel et de fournitures. L'existence, dans le droit du pays hôte, de dispositions spécialement adaptées aux contrats de vente internationale réduira l'incertitude juridique entourant ces opérations. L'adhésion à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)⁵ ou à d'autres instruments internationaux traitant de contrats particuliers, tels que la Convention sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988)⁶, élaborée par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), permet de disposer d'un cadre juridique particulièrement adapté.

8. *Droit des sociétés*

30. Pour la plupart des projets comportant la mise en place d'une nouvelle infrastructure, les promoteurs créeront la société de projet sous forme de personne morale distincte dans le pays hôte (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 12 à 18). Il est reconnu que la société de projet peut prendre des formes diverses dans différents pays, mais qu'elle peut ne pas être constituée en société. Cependant, comme c'est le plus souvent la forme d'une société qui est choisie, il importe que le pays hôte ait un droit des sociétés approprié comportant des dispositions modernes sur des aspects essentiels tels que les procédures de création, l'administration des sociétés, l'émission, la vente ou la cession d'actions, les états comptables et financiers et la protection des actionnaires minoritaires. En outre, reconnaître aux investisseurs le droit de constituer des entités distinctes pour mobiliser et décaisser des fonds peut faciliter le bouclage du montage financier du projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 59).

31. Bien que diverses formes de personne morale soient possibles, une caractéristique commune est que les propriétaires (ou actionnaires) du concessionnaire voudront limiter leur responsabilité à la valeur de leur participation au capital social. S'il est prévu que la société de projet proposera des actions au public, il faudra une responsabilité limitée, car les investisseurs potentiels, en général, n'achèteront ces actions qu'à concurrence de la valeur de leur investissement et n'interviendront pas de près dans l'exploitation de la société de projet. Il est donc important que le droit du pays hôte comporte des dispositions adéquates concernant la limitation de la responsabilité des actionnaires. En outre, des dispositions appropriées régissant l'émission d'obligations ou d'autres titres par des

⁵*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.82.V.5), première partie.

⁶*Actes de la Conférence diplomatique pour l'adoption des projets de conventions d'Unidroit sur l'affacturage international et le crédit-bail international, Ottawa, 9-28 mai 1988, vol. I.*

sociétés commerciales permettront au concessionnaire de se procurer des fonds auprès d'investisseurs sur les marchés des valeurs, ce qui facilitera le financement de certains ouvrages d'infrastructure.

32. La législation devra définir la responsabilité des administrateurs de la société de projet, y compris les cas dans lesquels leur responsabilité pénale peut être engagée. Elle pourra également comporter des dispositions tendant à assurer la protection des tiers lésés par tout manquement de la part des administrateurs à leurs responsabilités sociales. Le droit moderne des sociétés comporte souvent des dispositions spécifiques régissant la conduite des gestionnaires de façon à prévenir les conflits d'intérêts. Les dispositions de ce type exigent que les gestionnaires agissent de bonne foi au mieux des intérêts de la société et n'utilisent pas leur position pour promouvoir leurs intérêts financiers ou ceux d'autres personnes au détriment de la société. De telles dispositions peuvent être particulièrement utiles dans le cas des projets d'infrastructure, où le concessionnaire peut souhaiter recourir aux services de ses propres actionnaires, à un stade ou à un autre du projet, pour l'exécution de travaux ou la fourniture de services en rapport avec le projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 100 et 101).

33. Il importe que la loi régie de façon satisfaisante le processus de décision pour les assemblées des actionnaires et les réunions des organes de direction de la société (par exemple, conseil d'administration ou conseil de surveillance). La protection des droits des actionnaires et en particulier des actionnaires minoritaires contre les abus des actionnaires dominants ou majoritaires est un élément important du droit moderne des sociétés. Il convient également de prévoir des mécanismes pour le règlement des différends entre actionnaires, ainsi que de reconnaître le droit des actionnaires de régler un certain nombre d'autres questions concernant la gestion du concessionnaire en concluant des accords entre eux ou des accords de gestion avec les administrateurs de ce dernier.

9. *Droit fiscal*

34. Outre les incitations fiscales que peut offrir le pays hôte à tous les investisseurs ou les incitations spéciales accordées pour la réalisation de projets d'infrastructure à financement privé (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 51 à 54), le régime fiscal général du pays hôte joue un rôle important dans les décisions d'investissement des sociétés privées. Non seulement celles-ci évaluent l'impact de la fiscalité sur les coûts du projet et la marge bénéficiaire qu'elles en attendent, mais elles examinent aussi des questions telles que la transparence générale du système fiscal, le pouvoir discrétionnaire exercé par le fisc, la clarté des directives et instructions aux contribuables et l'objectivité des critères utilisés pour calculer l'assiette de l'impôt. Il peut s'agir d'une question complexe, particulièrement dans les pays où les pouvoirs de percevoir ou de relever les impôts ou d'appliquer la législation fiscale ont été décentralisés.

35. Les projets d'infrastructure à financement privé ont généralement un ratio d'endettement élevé et exigent des liquidités prévisibles. C'est pourquoi il est fondamental que toutes les incidences fiscales potentielles puissent être

évaluées aisément pendant toute la durée du projet. Toute modification imprévue des impôts ayant pour effet de réduire ces liquidités peut avoir des conséquences sérieuses pour le projet. Dans certains pays, l'État est habilité à conclure avec les investisseurs des accords afin de garantir que les liquidités du projet ne subiront pas le contrecoup de hausses inattendues des impôts. Ces accords sont parfois appelés "accords de stabilisation des impôts". Il se peut toutefois que l'État ne puisse pas, pour des raisons constitutionnelles ou politiques, fournir ce type de garantie, auquel cas les parties peuvent convenir de mécanismes d'indemnisation ou de révision du contrat s'il intervient une hausse des coûts due à une modification de la fiscalité (voir aussi chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 122 à 125).

36. La plupart des régimes fiscaux nationaux ressortissent à l'une de trois catégories. Une approche repose sur le principe de l'imposition universelle des revenus quelle qu'en soit la source, la double imposition étant évitée au moyen d'un système de crédit d'impôt étranger, le montant des impôts dus dans le pays d'origine étant réduit du montant des impôts étrangers déjà acquittés. Si telle est l'approche adoptée par le pays d'origine de l'investisseur, celui-ci ne paiera jamais moins d'impôt que si tous ses revenus avaient leur source dans son pays d'origine. Une autre formule consiste à exempter d'impôt dans le pays d'origine de l'investisseur les revenus de source étrangère déjà imposés à l'étranger. Selon l'approche territoriale, les revenus de source étrangère sont totalement exemptés d'impôt dans le pays d'origine. Les investisseurs dont le pays d'origine applique l'un quelconque de ces deux systèmes bénéficieront de trêves fiscales et de réduction d'impôt dans le pays d'origine, mais ce dégrèvement n'encouragera aucunement à investir une personne ayant sa résidence dans un havre fiscal.

37. Les parties participant au projet ne visent pas toutes le même objectif en matière d'impôts. Les investisseurs se préoccupent habituellement de l'imposition des bénéfices perçus dans le pays hôte, de l'imposition des paiements effectués aux entrepreneurs, fournisseurs, investisseurs et prêteurs et du régime fiscal applicable aux plus-values en capital (ou pertes) éventuelles lors de la liquidation du concessionnaire. Parfois, certains types de paiements déductibles aux fins de l'impôt dans le pays d'origine (intérêts sur les emprunts, dépenses de recherche, frais de soumission ou pertes de change) ne le sont pas dans le pays hôte ou inversement. Comme un crédit d'impôt étranger n'est accordé que sur les impôts acquittés sur les revenus étrangers, les investisseurs doivent s'assurer que les impôts sur le revenu éventuellement payés dans le pays hôte répondent à la définition de l'impôt sur le revenu au regard de la législation fiscale de leur pays d'origine. En outre, aux fins du régime fiscal applicable, il se peut que la société de projet n'ait pas, dans le pays hôte, le même statut que dans son pays d'origine. Dans le cas où les avoirs affectés au projet deviennent propriété publique, le concessionnaire risque d'être empêché de déduire leur amortissement aux fins de l'impôt dans son pays d'origine.

38. Un problème particulier, dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé où interviennent des investissements étrangers, est le risque d'une double imposition des sociétés étrangères participant à un consortium de projet, c'est-à-dire l'imposition des bénéfices, redevances et

intérêts dans le pays d'origine et dans le pays hôte. La date à laquelle l'impôt doit être acquitté et les retenues d'impôts peuvent également susciter des problèmes. Un certain nombre de pays ont conclu des accords bilatéraux pour éliminer ou du moins réduire les effets négatifs d'une double imposition, et l'existence de tels accords entre le pays hôte et les pays d'origine des membres du consortium joue souvent un rôle dans leurs considérations fiscales.

39. En définitive, c'est l'effet cumulé de tous les impôts confondus qu'il faut prendre en considération. Par exemple, il se peut que des impôts soient perçus à plus d'un niveau de l'administration et que le concessionnaire, indépendamment de l'impôt prélevé par l'État, doive également payer des impôts municipaux ou provinciaux. Il existe parfois aussi des taxes autres que l'impôt sur le revenu qui doivent être acquittées avant que le concessionnaire ne commence à toucher une recette quelconque: impôts sur les ventes, parfois appelé impôt sur le chiffre d'affaires, taxes sur la valeur ajoutée, droits fonciers, droits de timbre et taxes à l'importation. Dans certains cas, des dispositions spéciales peuvent être prises pour offrir au concessionnaire des exonérations ou des dégrèvements au titre de ces droits aussi.

10. Règles et pratiques comptables

40. Dans plusieurs pays, la loi fait obligation aux sociétés de suivre des pratiques comptables normalisées internationalement acceptables et de recourir aux services de comptables professionnels ou de vérificateurs des comptes, l'un des objectifs recherchés étant notamment de pouvoir appliquer des méthodes d'évaluation uniformes des entreprises. Des pratiques comptables normalisées peuvent aussi, pour la sélection du concessionnaire, faciliter l'évaluation de la solvabilité des soumissionnaires afin de déterminer s'ils répondent aux critères de présélection fixés par l'autorité contractante (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 38 à 40). Des pratiques comptables normalisées sont en outre indispensables pour la vérification des bénéfices des sociétés, ce qui peut être nécessaire pour l'application de structures tarifaires et le suivi de la performance du concessionnaire par l'organisme réglementaire (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 39 à 46).

41. Des règles comptables spéciales pour les exploitants d'infrastructures ont également été introduites dans certains pays pour prendre en compte le profil de recettes particulier des projets d'infrastructure. Les projets portant sur la construction d'infrastructures, en particulier des routes et d'autres ouvrages de transport, se caractérisent généralement par une période d'investissement relativement courte marquée par un coût financier élevé et aucun flux de recettes, suivie d'une période plus longue marquée par des recettes croissantes et un coût financier décroissant et, en situation normale, des coûts d'exploitation stables. En conséquence, si l'on appliquait des règles comptables traditionnelles, la structure financière particulière de ces projets devrait être enregistrée dans les comptes de la société de projet comme une période de résultats négatifs permanents suivie d'une longue période de bénéfice net. Outre que cela aurait des conséquences négatives, par exemple

sur la cotation de la société de projet pendant la phase de construction, cela pourrait également se traduire par une dette fiscale disproportionnée pendant la phase d'exploitation du projet. Afin d'éviter une telle distorsion, certains pays ont adopté des règles comptables spéciales pour les sociétés réalisant des projets d'infrastructure qui prennent en compte le fait que les résultats financiers des projets d'infrastructure à financement privé peuvent ne devenir positifs qu'à moyen terme. Ces règles spéciales autorisent généralement les constructeurs d'infrastructures à transférer une partie du coût financier accumulé pendant la phase de déficit sur les exercices financiers subséquents, conformément aux calendriers financiers prévus dans l'accord de projet. Ces règles comptables spéciales, cependant, ne portent généralement pas préjudice aux principes du droit qui peuvent interdire la distribution de dividendes pendant des exercices financiers clos sur des résultats négatifs.

11. Protection de l'environnement

42. La législation relative à la protection de l'environnement porte sur des questions extrêmement diverses allant de la manutention des déchets et des substances dangereuses à la réinstallation des populations déplacées par des projets d'aménagement de grande envergure. Il est généralement admis que des mesures de protection de l'environnement sont indispensables à tout développement durable. Les dispositions législatives relatives à la protection de l'environnement ont généralement un impact direct, à différents niveaux, sur la réalisation des projets d'infrastructure et les questions environnementales sont parmi les causes de litiges les plus fréquentes. Ces dispositions peuvent entraîner des obligations diverses: consentement de différentes autorités environnementales, attestation que l'entreprise n'a pas été précédemment condamnée pour des violations de la législation sur l'environnement, garantie de respect des normes environnementales, engagement de remédier aux dommages causés à l'environnement et règles de notification. Ces lois stipulent souvent que différentes activités sont soumises à autorisation préalable, cette règle pouvant être particulièrement rigoureuse pour certains types d'ouvrages d'infrastructure (par exemple, traitement des eaux usées, ramassage de déchets, centrales électriques au charbon, transport d'électricité, routes et chemins de fer).

43. Il est donc souhaitable d'inclure dans la législation des mesures qui rendent transparentes les obligations découlant des lois sur la protection de l'environnement. Il est important de faire preuve du maximum de clarté possible dans les dispositions concernant les tests que peuvent appliquer les responsables de la protection de l'environnement, les obligations documentaires et autres auxquelles doivent satisfaire les demandeurs, les conditions dans lesquelles les autorisations doivent être délivrées et les circonstances qui justifient le refus ou le retrait d'une autorisation. Particulièrement importantes sont les dispositions garantissant des procédures d'appel et des recours juridictionnels rapides aux demandeurs. Il peut également être indiqué, dans la mesure du possible, de s'assurer avant l'attribution définitive du marché que les conditions requises pour obtenir les autorisations requises sont réunies. Dans certains pays, des autorités publiques spéciales ou des groupes de défense peuvent avoir le droit d'engager une action en justice en vue de prévenir des atteintes à

l'environnement, notamment en essayant de faire retirer une autorisation considérée incompatible avec les normes de protection en vigueur. Certains de ces pays ont jugé utile de faire participer des représentants du public à la procédure conduisant à la délivrance d'autorisations environnementales. Parfois, la législation stipule également les sanctions qui peuvent être imposées et spécifie les parties qui peuvent être tenues pour responsables des dommages causés à l'environnement.

44. L'adhésion aux traités relatifs à la protection de l'environnement peut contribuer à renforcer le régime international en la matière. Un grand nombre d'instruments internationaux ont été élaborés ces dernières décennies pour mettre en place des normes internationales communes. L'on peut citer notamment le programme Action 21⁷ et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁸, adoptés par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement tenue en 1992, la Charte mondiale de la nature (résolution 37/7 de l'Assemblée générale, annexe), la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle du mouvement transfrontière de déchets dangereux et leur élimination, la Convention de 1991 sur les évaluations d'impact environnemental dans un contexte transfrontière⁹ et la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux¹⁰.

12. Droit relatif à la protection des consommateurs

45. Différents pays ont promulgué des dispositions législatives spéciales visant à protéger les consommateurs. Ces dispositions varient beaucoup d'un pays à un autre, aussi bien par la forme que par le fond. Néanmoins, elles prévoient souvent des délais favorables pour le dépôt de plaintes et les actions tendant à faire valoir des droits contractuels; des règles spéciales d'interprétation des contrats dont les clauses ne sont généralement pas négociées avec le consommateur, parfois appelés contrats d'adhésion; l'extension des périodes de garantie; des droits spéciaux de résiliation du contrat; l'accès à des instances de règlement simplifié des différends (voir aussi chap. VI, "Règlement des différends", par. 43 à 45); ou d'autres mesures de protection.

46. Du point de vue du concessionnaire, il importe de déterminer si la législation du pays hôte relative à la protection des consommateurs risque de l'empêcher, par exemple, de faire valoir son droit d'exiger le paiement des services fournis, de réviser ses prix ou de cesser de fournir des services à des clients qui contreviennent à des clauses essentielles de leur contrat ou à des conditions essentielles de la fourniture des services.

⁷Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I: Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe II.

⁸Ibid., annexe I.

⁹Recueil des traités des Nations Unies, vol. 1989, n° I-34028 (non encore publié).

¹⁰Ibid., vol. 1936, n° I-33207 (non encore publié).

13. Droit de l'insolvabilité

47. L'insolvabilité d'un exploitant d'ouvrage d'infrastructure ou d'un prestataire de services publics soulève un certain nombre de questions qui ont conduit divers pays à définir des règles spéciales pour faire face à cette situation, y compris des règles permettant à l'autorité contractante de prendre les mesures nécessaires pour assurer la continuité du projet (voir chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 24 et 25). La continuité de la prestation des services peut être assurée au moyen d'un cadre juridique permettant, au moyen de procédures de restructuration ou de procédures semblables, de renflouer les entreprises en difficulté. Si une procédure de faillite devient inévitable, les créanciers nantis seront directement intéressés par les dispositions applicables concernant les créances faisant l'objet de sûretés, en particulier sur le point de savoir s'ils peuvent réaliser la sûreté malgré l'ouverture de la procédure de faillite, s'ils seront payés en priorité sur le produit de la sûreté et quel sera le rang de priorité de leurs créances. Comme indiqué ci-dessus, une proportion substantielle des dettes du concessionnaire revêt la forme de prêts privilégiés, les prêteurs exigeant que leurs créances soient réglées avant les créances subordonnées du concessionnaire (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 58). La mesure dans laquelle les prêteurs pourront faire reconnaître leur statut de créanciers privilégiés dépendra des règles et dispositions en vigueur concernant la priorité des créanciers dans les procédures d'insolvabilité. La reconnaissance juridique de l'autonomie de la volonté des parties concernant la subordination contractuelle de différentes catégories de prêts pourra, à cet égard, faciliter le financement de projets d'infrastructure.

48. La législation devra régler un certain nombre de questions, dont les suivantes: l'ordre de priorité des créanciers; la relation entre l'administrateur du débiteur insolvable et les créanciers; les mécanismes juridiques de restructuration du débiteur insolvable; les règles spéciales visant à garantir la continuité du service public en cas d'insolvabilité du concessionnaire; et l'annulation des transactions effectuées par le débiteur peu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

49. Dans les grands projets d'infrastructure, l'insolvabilité de la société de projet affectera souvent des créanciers ou des avoirs situés dans plus d'un pays. Il sera donc souhaitable que le pays hôte ait des dispositions facilitant la coopération judiciaire, l'accès aux tribunaux des administrateurs d'insolvabilité étrangers et la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale constitue un modèle approprié que peuvent utiliser les États souhaitant adopter une législation à cette fin.

14. Mesures anticorruption

50. Le climat des investissements et des affaires dans le pays hôte peut être amélioré aussi par l'adoption de mesures tendant à combattre la corruption dans l'attribution des marchés publics. Il est particulièrement important pour le pays hôte d'adopter des mesures efficaces et concrètes pour combattre la

corruption active et les pratiques illicites connexes, et notamment de veiller à faire respecter les dispositions législatives existantes interdisant la corruption.

51. La promulgation de lois tendant à incorporer dans le droit interne les dispositions des accords internationaux et les normes d'éthique applicables dans la gestion des affaires publiques peut beaucoup contribuer à assainir le climat des affaires. Des normes importantes ont été adoptées dans deux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, la résolution 51/59 du 12 décembre 1996, par laquelle l'Assemblée a adopté le Code international de conduite des agents publics, et la résolution 51/191 du 16 décembre 1996, par laquelle elle a adopté la Déclaration des Nations Unies contre la corruption active et passive dans les transactions commerciales internationales. Entre autres instruments importants, il convient de citer aussi la Convention de 1997 pour la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, négociée sous les auspices de l'Organisation de coopération et de développement économiques.

52. Il est important en outre que les règles relatives au fonctionnement des autorités contractantes et à la surveillance des marchés publics garantissent le degré requis de transparence et d'intégrité. Lorsque de telles règles n'existent pas, des textes législatifs et réglementaires appropriés devraient être élaborés et adoptés. D'autres éléments à prendre en considération dans ce contexte sont la nécessité de veiller à la simplicité et à la cohérence des règles applicables et d'éliminer les procédures inutiles qui ne font que prolonger ou alourdir les procédures administratives.

C. Accords internationaux

53. En plus de la législation interne du pays hôte, les accords internationaux auxquels il est partie peuvent avoir un effet sur les projets d'infrastructure à financement privé. Les incidences d'un certain nombre d'accords internationaux, outre ceux qui sont mentionnés dans l'ensemble du *Guide*, sont brièvement examinés ci-dessous.

1. Appartenance aux institutions financières internationales

54. L'appartenance à des institutions financières multilatérales comme la Banque mondiale, l'Association internationale de développement, la Société financière internationale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et les banques régionales de développement peut, de différentes façons, avoir un impact direct sur les projets d'infrastructure à financement privé. Premièrement, le pays hôte doit habituellement être membre de ces institutions pour que les projets réalisés sur son territoire puissent bénéficier du financement et des garanties qu'elles offrent. Deuxièmement, les règles applicables aux instruments de financement et de garantie fournis par ces institutions contiennent habituellement toute une série de conditions qui intéressent directement celles de l'accord de projet et des accords de prêts négociés par le concessionnaire (par exemple, clause de non-nantissement d'avoirs du domaine public et fourniture de contre-

garanties en faveur de l'institution financière multilatérale). Enfin, les institutions financières multilatérales poursuivent généralement un certain nombre d'objectifs généraux dont elles cherchent à assurer la réalisation dans le contexte des projets qu'elles appuient (par exemple, respect de normes environnementales internationalement convenues; pérennité du projet au-delà de la période couverte par la concession initiale; transparence et intégrité dans la sélection du concessionnaire et dans le décaissement des prêts).

2. Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges

55. Un certain nombre d'accords multilatéraux ont été négociés pour promouvoir le libre-échange au niveau mondial, les plus notables d'entre eux sous les auspices de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), puis de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ces accords peuvent comporter des dispositions générales sur la promotion et la facilitation des échanges de marchandises (par exemple, une clause de la nation la plus favorisée, l'interdiction de l'application de restrictions quantitatives et d'autres barrières commerciales discriminatoires) et sur la promotion de pratiques commerciales équitables (par exemple, interdiction du dumping et limites à l'utilisation de subventions). Certains accords spécifiques visent à supprimer les obstacles à la fourniture de services par des étrangers dans les États contractants ou à promouvoir la transparence et à éliminer la discrimination des fournisseurs dans les marchés publics. Ces accords peuvent être importants pour une législation nationale relative aux projets d'infrastructure à financement privé qui envisage des restrictions à la participation de sociétés étrangères aux projets d'infrastructure ou établit des préférences pour les entités nationales ou pour l'achat de fournitures sur le marché local.

3. Accords internationaux sur des secteurs particuliers

56. Dans le contexte des négociations sur les télécommunications de base conclues dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (GATS), un certain nombre d'États membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), représentant la majorité du marché mondial des services de télécommunications, ont pris des engagements spécifiques pour faciliter les échanges de services de télécommunications. Il convient de noter que tous les États membres de l'OMC (même ceux qui n'ont pas pris d'engagements spécifiques en matière de télécommunications) sont liés par les règles générales du GATS sur les services, y compris les obligations spécifiques traitant du traitement de la nation la plus favorisée, de la transparence, de la réglementation, des monopoles et des pratiques commerciales. L'accord de l'OMC sur les communications ajoute des engagements propres à des secteurs et à des pays et à l'accord global du GATS. Caractéristiques sont les engagements portant sur l'ouverture de divers segments du marché, parmi lesquels la téléphonie vocale, la transmission de données et les services améliorés, la concurrence et l'investissement étranger. Les législateurs des États membres actuels ou futurs de l'OMC doivent ainsi veiller à ce que les lois du pays sur les communications soient compatibles avec le GATS et leurs engagements spécifiques en matière de télécommunications.

57. Un autre accord sectoriel important au niveau international est le Traité relatif à la Charte européenne de l'énergie conclu à Lisbonne le 17 décembre 1994 et entré en vigueur le 16 avril 1998, qui vise à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie. Ce traité prévoit diverses mesures commerciales comme le développement de marchés ouverts et concurrentiels pour les matériaux et produits énergétiques, la facilitation du transit et l'accès à la technologie énergétique ainsi que son transfert. Il vise en outre à éviter les perturbations du marché et les obstacles à l'activité économique dans le secteur énergétique et encourage l'ouverture des marchés de capitaux pour stimuler les flux de capitaux afin de financer les échanges de matériaux et de produits. Il contient également des règlements sur la promotion et la protection de l'investissement: conditions équitables pour les investisseurs, transferts monétaires liés aux investissements, indemnisation pour pertes dues à la guerre, aux troubles civils ou autres événements similaires, et indemnisation en cas d'expropriation.

Index

Les chiffres romains renvoient aux chapitres et les chiffres arabes aux paragraphes. Ainsi, “III 67” renvoie au paragraphe 67 du chapitre III, “Sélection du concessionnaire”. Le symbole “ $\hat{\text{O}}$ ” remplace le libellé de la rubrique qui, ainsi, n’a pas à être répété dans les différentes sous-rubriques.

Accord de projet

- conclusion de l’ $\hat{\text{O}}$ IV 9-11
- contenu de l’ $\hat{\text{O}}$ et législation IV 2-4
- définition Introduction 14
- droit applicable à l’ $\hat{\text{O}}$ IV 5-8
- durée V 2-5
- prorogation de l’ $\hat{\text{O}}$ V 6-8
- résiliation de l’ $\hat{\text{O}}$ (voir “Résiliation”)

Aide technique

- $\hat{\text{O}}$ lors de l’expiration ou de la résiliation de l’accord de projet V 56-58

Appel d’offres (voir “Attribution sans procédure de mise en compétition”, “Présélection des soumissionnaires”, “Procédures de sélection”, “Propositions spontanées”)

Appui des pouvoirs publics

- budgétiser l’ $\hat{\text{O}}$ II 34
- considérations pratiques II 32-34
- définition II 30-31
- formes d’ $\hat{\text{O}}$
 - avantages fiscaux et douaniers II 51-54
 - garanties souveraines II 45-50
 - prêts publics et garanties de prêts II 37-39
 - prise de participation II 40-41
 - sources de recettes accessoires II 58-60
 - subventions II 42-44

Assurance

⊕ exigée pendant l'exploitation des ouvrages IV 119-120

rôle des assureurs en tant que parties intéressées Introduction 75

Attribution de projet (voir "Attribution sans procédure de mise en compétition", "Présélection des soumissionnaires", "Procédures de sélection", "Propositions spontanées")

Attribution sans procédure de mise en compétition

circonstances justificatrices III 89

généralités III 85-88

mesures visant à améliorer la transparence dans l'⊕ III 90-96

Autorité contractante

approbation et modification de plans du projet requis par l'⊕ IV 72-76

définition Introduction 17

en tant que partie au projet Introduction 69-70

obligations financières de l'⊕ IV 47-51

surveillance des travaux de construction par l'⊕ IV 77-78

Autorités publiques

définition Introduction 16

Avantages fiscaux et douaniers

⊕ comme forme d'appui des pouvoirs publics II 37-39

Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD)

Loi type sur les transactions garanties VII 16

Banque mondiale (voir aussi "Institutions financières internationales")

Introduction 64, 75, 77; I 32; II 61-63; III 1, 18, 80; VI 31; VII 54

Banques régionales de développement (voir "Institutions financières internationales")*Biens* (voir "Site et biens du projet")*Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel*

⊕ et projets d'infrastructure à financement privé I 7-9

⊕ et viabilité à long terme des projets I 6

équité du \hat{O} I 5
structure législative I 10-14
transparence du \hat{O} I 4

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

rôle VI 31

CNUDCI

Loi type de la \hat{O} sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services III 2, 25, 37 (appel de note 4), 38 (appel de note 5), 44, 51, 60 (appel de note 6), 62 (appel de note 7), 81, 104, 121, 124, 127
Loi type de la \hat{O} sur l'arbitrage commercial international VI 36
Loi type de la \hat{O} sur l'insolvabilité internationale VII 49
projet de convention de la \hat{O} sur la cession de créances dans le commerce international VII 16 (appel de note 1)
Règlement d'arbitrage de la \hat{O} VI 32
Règlement de conciliation de la \hat{O} VI 16

Conception-construction-financement-exploitation

définition Introduction 20

Concession

cession IV 62-63
définition Introduction 13
durée (voir "Accord de projet")
nantissement de la \hat{O} IV 56-57
objectif et nature I 19-22
organismes autorisés à attribuer des \hat{O} s I 16-17
renouvellement de la \hat{O} V 7
retrait de la \hat{O} (voir "Résiliation")
secteurs dans lesquels des \hat{O} s peuvent être attribuées I 18

Concessionnaire (voir aussi "Société de projet")

définition Introduction 15
organisation du \hat{O} IV 12-18

Concurrence

- la $\hat{\text{O}}$ en fonction des secteurs Introduction 28-29
- politique de $\hat{\text{O}}$ et monopoles Introduction 24-27
- protection contre la $\hat{\text{O}}$ (une forme d'appui des pouvoirs publics)
II 55-57

Conjoncture économique

- changements ultérieurs dans la $\hat{\text{O}}$ IV 126-130

Construction

- examen et approbation des plans de $\hat{\text{O}}$ IV 72
- modifications requises par l'autorité contractante IV 73-76
- période de garantie pour les travaux de $\hat{\text{O}}$ IV 79
- surveillance de la $\hat{\text{O}}$ IV 77-78

Construction-bail-exploitation-transfert

- définition Introduction 19 c)

Construction-exploitation-transfert (CET)

- définition Introduction 19 a)
- transfert de biens dans un projet type $\hat{\text{O}}$

Construction-location-exploitation-transfert

- définition Introduction 19 c)

Construction-propriété-exploitation

- définition Introduction 19 e)

Construction-propriété-exploitation-transfert

- définition Introduction 19 d)

Construction-transfert-exploitation

- définition Introduction 19 b)

Contrats d'enlèvement (voir aussi "Appui des pouvoirs publics" (garanties souveraines))

- $\hat{\text{O}}$ conclus par l'autorité contractante ou une autre autorité publique
IV 50-51

Coordination administrative

- ⊖ des mesures préparatoires I 25-26
- délivrance de licences et de permis I 27-29
- général I 23-29

Corruption

- Code international de conduite des agents publics (résolution 51/59 de l'Assemblée générale) VII 51
- Convention de l'OCDE de 1997 pour la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales VII 51
- ⊖ comme motif de résiliation V 23
- ⊖ et procédure de sélection III 12
- Déclaration des Nations Unies contre la corruption active et passive dans les transactions commerciales internationales (résolution 51/191) VII 51
- mesures du pays hôte contre la ⊖ VII 50-52

Défaillance (voir "Manquements et recours")

Droit administratif

- ⊖ du pays hôte VII 24-27

Droit constitutionnel (voir "Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel")

Droit de la propriété

- ⊖ du pays hôte VII 7-9

Droit des contrats

- ⊖ du pays hôte VII 28-29

Droit des sociétés

- ⊖ du pays hôte VII 30-33

Droits d'intervention (voir "Manquements et recours")

Droit fiscal

- ⊖ du pays hôte VII 34-39

Eau et assainissement

fragmentation dans le secteur de l'Ô Introduction 38-39

Électricité

fragmentation dans le secteur de l'Ô Introduction 36-37

Empêchements exonérateurs

conséquences des Ô IV 135-139

définition IV 132-134

Exclusivité (voir aussi "Concurrence")

Ô et nature des concessions I 20-22

Experts et conseillers

rôle dans la procédure de sélection III 29

rôle général dans un projet Introduction 76-77

Exploitation de l'infrastructure

continuité du service IV 86-87

égalité de traitement des clients ou usagers IV 88-89

exécution des règles établies IV 96-97

extension des services IV 84-85

normes de résultat IV 82-83

obligation d'information IV 94-95

raccordement et accès aux réseaux d'infrastructure IV 90-93

Expropriation

Ô des terrains nécessaires au site du projet IV 27-29

législation du pays hôte relative à l'Ô VII 22-23

Facilitation et promotion des échanges

accords internationaux généraux VII 55

Financement de projet

association de fonds publics et privés Introduction 67

crédits commerciaux Introduction 58

Ô et évaluation des risques (en général) II 3-5

marché financier Introduction 61-62

notion de $\hat{\text{O}}$ Introduction 54-55

prêts “subordonnés” Introduction 59

Fonds propres (voir “Appui des pouvoirs publics”)

rôle général des $\hat{\text{O}}$ dans le financement de projets d’infrastructure
Introduction 57

$\hat{\text{O}}$ nécessaires pour la constitution de la société de projet IV 15-16

Force majeure (voir “Empêchements exonérateurs”)

Gage (voir “Sûretés”)

Garanties de bonne exécution

avantages et inconvénients des différents types de $\hat{\text{O}}$ IV 111-117

durée IV 118

types, fonctions et nature IV 109-110

Garanties de prêts (voir “Appui des pouvoirs publics”)

Garanties souveraines (voir “Appui des pouvoirs publics”)

Guichet unique (voir “Coordination administrative”)

Guide législatif

objet Introduction 4,7

projets visés par le $\hat{\text{O}}$ Introduction 4

terminologie employée dans le $\hat{\text{O}}$ Introduction 9-20

Hypothèque (voir “Sûretés”)

Indemnisation

et mécanismes de contrôle des redevances IV 45-46

et prorogation de l’accord de projet V 8

$\hat{\text{O}}$ en cas d’augmentation des coûts IV 45-46, 126-130

$\hat{\text{O}}$ en cas de résiliation (voir “Résiliation”)

$\hat{\text{O}}$ en cas de suspension ou de retard IV 77

$\hat{\text{O}}$ en cas de travaux supplémentaires IV 76

Infrastructure

- évolution historique des services d'Ô Introduction 1-3
- fragmentation des secteurs d'Ô Introduction 32-34
- mesures de transition dans les secteurs d'Ô Introduction 44-46
- politique en matière d'Ôs Introduction 23-29
- restructuration des secteurs d'Ô Introduction 30-46

Infrastructure publique

- définition Introduction 10

Insolvabilité

- Ô du concessionnaire V 24-25
- législation du pays hôte relative à l'Ô VII 47-49

Institutions financières internationales

- appartenance du pays hôte à des Ô VII 54
- en tant que parties intéressées Introduction 74
- garanties accordées par des Ô II 61-71
- règles des Ô pour la passation de marchés III 18
- rôle général dans le financement de projets d'infrastructure Introduction 64-65

Institutions financières islamiques

- rôle général dans le financement de projets d'infrastructure Introduction 63

Investisseurs institutionnels

- rôle général dans le financement de projets d'infrastructure Introduction 60

Législation (voir aussi "Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel")

- changements ultérieurs dans la Ô IV 122-125
- Ô générale et sectorielle I 10-14

Manquements et recours

- avis de parer aux conséquences du manquement V 17
- considérations générales IV 141-142
- définition de "manquement grave" V 15

droits d'intervention de l'autorité contractante IV 143-146
droits d'intervention des prêteurs V 12, 17

Modernisation-exploitation-transfert

définition Introduction 20

Modernisation-propriété-exploitation

définition Introduction 20

Monopoles

Ô et politique de concurrence Introduction 24-27

Nations Unies

Convention des Ô sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) VII 29

ONUDI

Guide sur le développement des infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET) Introduction 9, III 1

Organes législatifs

définition Introduction 16

Organisation de coopération et de développement économiques

Convention de 1997 pour la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales VII 51

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) VII 19

Organisation mondiale du commerce (OMC) VII 21

accord de l'Ô sur les télécommunications VII 56

Accord général sur le commerce des services (GATS) VII 56

Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce VII 21

accords négociés sous les auspices de l'Ô VII 55

Organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements

assurances et garanties fournies par les Ô Introduction 72-74

en tant que parties intéressées Introduction 74

rôle général dans le financement de projets d'infrastructure
Introduction 66

Organismes de réglementation

- compétence sectorielle et attributions des \hat{O} I 33-35
- composition et budget des \hat{O} I 43-45
- définition Introduction 18
- indépendance et autonomie des \hat{O} I 37-38
- mécanisme et procédures I 46-48
- mécanismes institutionnels I 36-38
- pouvoirs des \hat{O} I 39-42
- recours contre des décisions des \hat{O} I 49-50
- règlement des différends entre prestataires de services publics I 51-53

Ouvrage

- propriété et exploitation privées de l' \hat{O} Introduction 52-53
- propriété et exploitation publiques de l' \hat{O} Introduction 48-49
- propriété publique et exploitation privée de l' \hat{O} Introduction 50-51

Pièces de rechange

- fourniture de \hat{O} après l'expiration ou la résiliation de l'accord de projet V 59-61

Pouvoir

- \hat{O} d'attribuer des concessions I 15-22
- \hat{O} de réglementer les services d'infrastructure (voir "Organismes de réglementation")

Pouvoirs publics

- définition Introduction 16

Présélection des soumissionnaires

- critères de présélection III 38-40
- invitation à la \hat{O} III 35-37
- participation de consortiums de soumissionnaires III 41-42
- \hat{O} et préférences nationales III 43-44
- procédure de \hat{O} III 47-50

Prêteurs

droits d'intervention des \hat{O} (voir "Manquements et recours")
en tant que parties intéressées Introduction 72-73

Prêts publics (voir "Appui des pouvoirs publics")

Prix (voir "Redevances")

Procédures de sélection (voir aussi "Attribution sans procédure de mise en compétition", "Présélection des soumissionnaires", "Propositions spontanées")

actes et informations III 124-130

avis d'attribution du projet III 119

cahier des charges et indicateurs de résultats III 64-66

clauses contractuelles III 67-70

comité d'attribution III 28-29

confidentialité des négociations dans les \hat{O} III 118

contribution aux frais de participation aux \hat{O} III 45-46

critères d'évaluation III 23-24, 73-77

définition du cahier des charges du projet III 21-22

dossier III 32-33

éclaircissements et modifications dans les sollicitations de propositions III 71-72

économie et efficacité III 6-9

études de faisabilité III 30-31, 61

examen des \hat{O} III 118-122

garantie de soumission III 62

intégrité des \hat{O} III 10-13

négociations avec les soumissionnaires III 25-26, 83-84

préparatifs pour les \hat{O} III 27-33

\hat{O} en une et deux étapes III 52-58

\hat{O} visées par le *Guide* III 3-4

qualifications des soumissionnaires (voir aussi "Présélection des soumissionnaires") III 63

sollicitation de propositions III 59-70


soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions
III 78-82

soumissionnaires à inviter III 20

transparence des lois et procédures III 14-16

Projets d'infrastructure


principales parties aux  Introduction 68-77

sources de financement des  Introduction 56-67

Promoteurs du projet

rôle général en tant que parties au projet Introduction 71

Promotion et protection des investissements (voir aussi “Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements”)

législation du pays hôte relative à la  VII 4-6

Propositions spontanées (voir aussi “Attribution sans procédure de mise en compétition”, “Présélection des soumissionnaires”, “Procédures de sélection”)


considérations de politique générale III 98-108


traitement des  III 107-117, 123

Propriété industrielle et intellectuelle

Accord de La Haye de 1925 relatif au dépôt international des dessins industriels VII 20


Accord de Madrid de 1891 concernant l'enregistrement international des marques de commerce et de fabrique VII 19

Protocole à l' VII 19

Règlement commun d'application de l' VII 19

Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce VII 21

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1883 VII 18

législation du pays hôte relative à la  VII 17-21

Traité de 1970 sur la coopération en matière de brevets VII 18

Traité de 1994 relatif aux marques de commerce ou de fabrique

Protection de l'environnement

Action 21 VII 44

Charte mondiale de la nature (résolution 37/7 de l'Assemblée générale, annexe) VII 44


Conférence des Nations Unies pour l'environnement et le développement tenue en 1992

Convention de 1991 sur les évaluations d'impact environnemental dans un contexte transfrontière VII 44


Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux VII 44

Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle du mouvement transfrontière de déchets dangereux et leur élimination VII 44

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement VII 44

législation du pays hôte relative à la  VII 42-44


Protection des consommateurs

législation du pays hôte relative à la  VII 45-46


Recommandations concernant la législation


objet Introduction 5-6


Redevances

ajustements des  résultant de changements de circonstances IV 121, 124-125

considérations de politique générale en matière de réglementation des redevances IV 45-46

fixation et réglementation des  IV 36

méthodes de réglementation des  IV 39-44

pouvoir du concessionnaire de percevoir des  IV 37-38

Règlement des différends

alerte rapide VI 11

arbitrage VI 30-37

arbitrage non contraignant VI 29

conciliation et médiation VI 14-16

conseils d'examen des différends VI 23-28

différends auxquels sont parties des clients ou des usagers de l'infrastructure VI 2c), 43-45

- différends commerciaux VI 2 b), 42
- différends entre le concessionnaire et l'autorité contractante VI 2 a), 3-41
- différends entre prestataires de services publics I 51-53
- examen des différends techniques par des experts indépendants VI 20-22
- exécution de sentences arbitrales VI 36-37
- évaluation à caractère non contraignant effectuée par un expert VI 17
- évaluation effectuée par un cadre supérieur VI 19
- immunité de l'État souverain et arbitrage VI 33-35
- importance de procédures efficaces de Ⓒ VI 1
- liberté de convenir de Ⓒ VI 7-9
- négociation facilitée VI 13
- objectifs VI 5-6
- partnering* VI 12
- procédure juridictionnelle VI 38-41
- procès simulé (*Mini-trial*) VI 18

Règles et pratiques comptables

- Ⓒ du pays hôte VII 40-41

Remise en état-exploitation-transfert

- définition Introduction 20

Remise en état-propriété-exploitation

- définition Introduction 20

Réparations

- Ⓒ nécessaires après l'expiration ou la résiliation de l'accord de projet V 62

Résiliation

- consentement mutuel V 35
- considérations générales V 9-13
- empêchement d'exécution V 34
- évolution des conditions V 33
- indemnisation exigible lors de la Ⓒ V 27, 36, 38-40, 43-49

- insolvabilité du concessionnaire V 24-25
- liquidation et mesures d'accompagnement lors de la $\hat{\text{O}}$ V 50-62
- manquement grave de l'autorité contractante V 29-32
- manquement grave du concessionnaire V 15-23
- $\hat{\text{O}}$ par l'autorité contractante V 14-27
- $\hat{\text{O}}$ par le concessionnaire V 28-33
- $\hat{\text{O}}$ par l'une ou l'autre partie V 34-35
- $\hat{\text{O}}$ pour des raisons d'intérêt général V 26-27
- transfert de biens associés au projet lors de la $\hat{\text{O}}$ V 37-42
 - situation des biens au moment du transfert V 41-42
 - $\hat{\text{O}}$ à l'autorité contractante V 38
 - $\hat{\text{O}}$ à un nouveau concessionnaire V 39-40

Responsabilité

- $\hat{\text{O}}$ du concessionnaire à l'égard des usagers et des tiers IV 105-107

Risques

- garanties contre des $\hat{\text{O}}$ particuliers II 45-50, 61-74
- répartition des $\hat{\text{O}}$ par dispositions réglementaires II 21
- répartition et atténuation des $\hat{\text{O}}$ II 21-29
- $\hat{\text{O}}$ causés par des événements échappant au contrôle des parties II 12
- $\hat{\text{O}}$ commerciaux II 17-18
- $\hat{\text{O}}$ de construction et d'exploitation II 14-16
- $\hat{\text{O}}$ de projet et répartition des $\hat{\text{O}}$ II 8-10
- $\hat{\text{O}}$ politiques II 13
- taux de change et autres $\hat{\text{O}}$ financiers II 19-20

Risques de projet (voir "Risques")

Sentences arbitrales (voir aussi "Règlement des différends")

- Convention sur la reconnaissance et l'exécution des $\hat{\text{O}}$ VI 30, 37

Services publics

- définition Introduction 10

Servitudes

⊖ nécessaires pour le projet IV 30-32

Site et biens du projet

acquisition des terrains IV 27-29

amortissement et valeur résiduelle V3, 40, 43 b)

hypothèque ou sûretés sur des biens du projet IV 54-55

propriété IV 20-26

transfert (voir “Résiliation”)

Société de projet (voir aussi “Concessionnaire”)

définition Introduction 15

rôle général en tant que partie au projet Introduction 71

nantissement d’actions de la ⊖ IV 61

portée des activités de la ⊖ IV 17

statuts de la ⊖ IV 18

transfert d’un intérêt majoritaire dans la ⊖ IV 64-68

Sollicitation de propositions (voir “Attribution sans procédure de mise en compétition”, “Présélection des soumissionnaires”, “Procédures de sélection”, “Propositions spontanées”)

Sources de recettes accessoires (voir aussi “Appui des pouvoirs publics”)

Sous-traitance

choix des sous-traitants IV 100-101

droit applicable aux contrats de ⊖ IV 102-104

Subventions

⊖ comme forme d’appui des pouvoirs publics II 42-44

Sûretés

en général IV 52-53

législation du pays hôte relative aux ⊖ VII 10-16

Loi type sur les transactions garanties rédigée par la BERD VII 16

⊖ sur des biens corporels IV 54-55

⊖ sur des biens incorporels IV 56-57

Ô sur des créances commerciales IV 58-60

Ô sur les actions de la société de projet IV 61

Télécommunications

fragmentation dans le secteur des Ô Introduction 35

Traité relatif à la Charte européenne de l'énergie VII 57

Transfert de technologie

Ô lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet V 51-55

Transports

fragmentation dans le secteur des Ô Introduction 40-43

Unidroit

Convention d'Ô sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988) VII 29

projet de convention d'Ô relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles VII 16 (appel de note 1)

Versements

Ô par l'autorité contractante IV 48-49