Nations Unies A/CN.9/471/Add.6

Assemblée générale

Distr.: Générale
10 février 2000

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Trente-troisième session
New York, 12 juin-7 juillet 2000

Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé

Rapport du Secrétaire général

Additif

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

Table des matières

		Paragraphes	*Page*
Recommandations concernant la législation			2
Notes sur les recommandations concernant la législation		1-62	4
A.	Observations générales	1	4
B.	Durée de l'accord de projet	2-5	4
C.	Prorogation de l'accord de projet	6-8	5
D.	Résiliation	9-35	6
	1. Résiliation par l'autorité contractante	14-27	7
	2. Résiliation par le concessionnaire	28-33	11
	3. Résiliation par l'une ou l'autre partie	34-35	12
E.	Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet	36-62	13
	1. Transfert d'actifs associés au projet	37-42	13
	2. Arrangements financiers au moment de la résiliation	43-49	15
	3. Mesures de liquidation et mesures d'accompagnement	50-62	19

V.00-50942

Recommandations concernant la législation

Il est recommandé aux pays hôtes souhaitant promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé d'appliquer dans leur droit interne les principes ci-après:

Durée et prorogation de l'accord de projet (voir par. 2 à 8)

Recommandation 60. La durée de la concession devrait être précisée dans l'accord de projet.

Recommandation 61. 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 des parties;

b) Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques;

c) 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 par. 9 à 35)

Résiliation par l'autorité contractante

Recommandation 62. 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 63. 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 dans l'exécution de ses obligations conformément à l'accord de projet;

b) Exécution des obligations du concessionnaire rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'ordres de modifications 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 64. L'une ou l'autre des parties 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 également 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 par. 36 à 62)

Transfert d'actifs à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire

Recommandation 65. 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 actifs 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 66. 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 les dommages-intérêts pour préjudice subi, y compris pour manque à gagner.

Liquidation et mesures d'accompagnement

Recommandation 67. 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 détachées, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire.

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. Observations 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'infrastructure. La section B aborde 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 actifs du projet et les dédommagements auxquels 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 de l'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 actifs affectés au projet, la rapidité de l'évolution des technologies utilisées ou le temps que le concessionnaire mettra à rembourser ses dettes et à amortir ses investissements de départ. 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 la voie législative une limite de durée qui s'appliquerait à tous les projets d'infrastructure, il conviendra d'envisager d'adopter 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 dont il s'agit.

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 dont il s'agit. 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'un certaine période ou à la date, si celle-ci est antérieure, à laquelle le concessionnaire a remboursé intégralement ses dettes et à laquelle il a été enregistré un certain niveau de revenus, un certain niveau de production ou un certain niveau d'utilisation.

5. Toutefois, lorsqu'il est jugé nécessaire d'adopter par la loi une disposition limitative de 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 période de 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. La période qui s'écoule entre l'octroi initial de la concession et le premier renouvellement (et les renouvellements ultérieurs) de l'appel d'offres, devrait prendre en compte le niveau des investissements et les autres risques consentis 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, par exemple, 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, alors que, dans d'autres, une concession peut être octroyée 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 se manifestant 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”, 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”, 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”, 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 requiert l’approbation d’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 dans des conditions satisfaisantes et à ce que le service public considéré continue d’être fourni dans de bonnes conditions. Étant donné les graves conséquences qu’implique la 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. Il se peut qu’elles ne soient pas nécessairement 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 l’accord de projet peut être résilié unilatéralement ou si cette résiliation requiert une décision d’un organe judiciaire 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 de dédommagements 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 un examen par l’intermédiaire 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 appropriées de résultat (voir chap. IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure”, 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 convient 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", par. 143 à 146). Il importe aussi de considérer les droits de résiliation de l'autorité contractante par rapport aux accords financiers négociés par le concessionnaire avec ses prêteurs. Dans la plupart des situations, 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", par. 108 à 120).

13. À la lumière de ce qui précède, il est en général souhaitable de veiller à ce que la résiliation de l'accord de projet donne lieu, dans la plupart des cas, à une conclusion définitive prononcée par l'organe de règlement des différends stipulé dans l'accord de projet. Une telle disposition limiterait les préoccupations 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 pourra être nécessaire de s'assurer, pour le moins, que le droit qu'a l'autorité contractante de résilier l'accord de projet ne porte pas préjudice au droit qu'a le concessionnaire de solliciter une révision judiciaire subséquente 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 renvoient en général à trois types de situations: manquement grave du concessionnaire; insolvabilité ou faillite du concessionnaire; et résiliation pour des raisons d'intérêt public.

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. Ainsi, un certain nombre de législations nationales reconnaissent expressément à l'autorité contractante le droit de résilier l'accord de projet en cas de manquement du concessionnaire. Compte tenu des effets perturbateurs de la résiliation et pour assurer la continuité du service, il n'est pas souhaitable de considérer la résiliation comme une sanction chaque fois que les résultats du concessionnaire ne donnent pas satisfaction. Au contraire, il est en général conseillé de n'employer ce recours extrême qu'en cas de défaut d'exécution "particulièrement grave" ou "répété", 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 présentées dans le *Guide* comme des “manquements graves”.

16. Le fait de circonscrire la possibilité d’une 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 la notion de manquement grave et, le cas échéant, en en donnant des exemples. D’un point de vue pratique, il n’est pas conseillé d’essayer, par la voie légale ou dans l’accord de projet, de prévoir une liste des cas justifiant la résiliation.

17. En général, il est souhaitable que soit accordé au concessionnaire un délai supplémentaire pour s’acquitter de ses obligations et parer aux conséquences de son manquement avant que l’autorité contractante n’emploie des recours. Par exemple, il faudrait aviser le concessionnaire de la nature des circonstances pertinentes et lui demander d’y remédier au cours d’une certaine période. Il faudrait également donner aux prêteurs et aux garants, selon le cas, la possibilité de parer aux conséquences du manquement du concessionnaire, par exemple, en engageant temporairement une tierce partie pour remédier aux conséquences du manquement du concessionnaire, conformément aux termes de garanties d’exécution fournies par l’autorité contractante ou aux termes d’un accord direct passé entre les prêteurs et l’autorité contractante (voir chap. IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure”, par. 108 à 120 et 147 à 150). L’accord de projet peut également prévoir que, s’il n’est pas remédié aux circonstances avant l’expiration de la période indiquée, 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”, par. 145 et 146).

i) Manquement grave avant le début de la construction

18. En général, le concessionnaire doit s’acquitter d’un ensemble de mesures avant d’entreprendre les travaux de construction. Certaines de ces obligations peuvent même être des conditions préalables à l’entrée en vigueur de l’accord de projet. Des exemples de situations qui souvent justifient le retrait de la concession au début de la procédure peuvent notamment être les suivants:

a) Incapacité d’obtenir les moyens financiers nécessaires, de signer l’accord de projet ou de créer la société de projet dans le délai 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 un délai fixé à partir de l’octroi de la concession.

19. En principe, la résiliation devrait être réservée aux situations 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 la part de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques. Par exemple, la résiliation de l'accord de projet ne devrait pas normalement être justifiée lorsque le concessionnaire, pour des raisons indépendantes de sa volonté, ne parvient pas à obtenir auprès des pouvoirs publics, dans les délais convenus, les licences et autorisations requises.

ii) Manquement grave pendant la phase de construction

20. Les exemples de situations pouvant justifier la résiliation de l'accord de projet pendant la phase de construction sont notamment les suivants:

a) Incapacité de respecter les règles de construction, les spécifications ou la conception minimale et les normes de résultat et incapacité inexcusable d'achever les travaux dans le délai convenu;

b) Incapacité de fournir ou de renouveler les garanties requises dans les conditions convenues;

c) Violation des obligations légales ou contractuelles essentielles.

21. La résiliation devrait être proportionnée à l'importance 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 cas de manquement et, donc, comme un motif de résiliation. Toutefois, le seul retard, en particulier s'il n'est pas excessif au regard des spécifications de l'accord de projet, ne devrait peut-être pas être une raison suffisante de résiliation lorsque l'autorité contractante s'est par ailleurs assurée 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. Des exemples particuliers de manquement justifiant en général la résiliation de la concession pendant la phase d'exploitation sont notamment les suivants:

a) Grave incapacité de fournir des services conformément aux normes de qualité légales et contractuelles, y compris méconnaissance 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 de maintenir l'ouvrage, ainsi que le matériel et les dépendances y relatifs 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 fraudes fiscales ou d'autres types d'actes frauduleux, ou si ses agents ou salariés sont impliqués dans la corruption de fonctionnaires ou se livrent à d'autres pratiques de corruption (voir également 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, il faut assurer en permanence des services d'infrastructure et c'est pourquoi la plupart des législations nationales stipulent que l'accord peut être résilié si le concessionnaire est déclaré insolvable ou en faillite. Afin de garantir la continuité du service, les actifs et les biens 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 d'actifs détenus par le concessionnaire.

25. Dans les systèmes juridiques qui autorisent la constitution de sûretés réelles sur la concession proprement dite (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 57), la loi dispose habituellement que l'autorité contractante peut, en consultation avec les créanciers nantis, 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'un appel à la concurrence.

c) Résiliation pour des raisons d'intérêt public

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 public (c'est-à-dire sans avoir à fournir de justification, si ce n'est en invoquant l'intérêt de l'État). Dans certaines juridictions de "common law", ce droit, parfois dénommée droit de "résiliation au gré de l'autorité contractante", ne peut être exercé que s'il est expressément stipulé dans une loi ou dans le contrat. Plusieurs systèmes juridiques s'inscrivant dans la tradition du droit romain reconnaissent également aux autorités publiques le pouvoir analogue de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt public ou "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 public, 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 public 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 ces circonstances particulières (par exemple, pou des motifs illicites, "détournement de pouvoir"). Toutefois, si l'autorité contractante dispose du droit général et absolu de résilier l'accord de projet pour des raisons d'intérêt public, cela peut représenter un risque impondérable que ni le concessionnaire, ni les prêteurs ne seraient prêts à accepter sans avoir la garantie suffisante qu'ils seront rapidement dédommagés pour les pertes subies. Si elle est envisagée, la possibilité de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt public devrait donc être portée à la connaissance des investisseurs potentiels dès que possible et devrait être expressément mentionnée dans le projet d'accord publié avec la sollicitation de propositions (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 67). Les

dédommagements exigibles en cas de résiliation pour des raisons d'intérêt public peuvent, dans la pratique, viser les éléments qui sont pris en compte dans le calcul des dédommagements dus 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 à des situations où la résiliation est nécessaire pour des raisons impératives d'intérêt public, qui devraient être interprétées de façon restrictive (par exemple, lorsque des changements majeurs intervenus ultérieurement dans les politiques et plans gouvernementaux nécessitent qu'un projet soit intégré dans un réseau plus large ou lorsque des changements intervenus dans les plans de l'autorité contractante exigent d'importantes révisions du projet influant sensiblement sur la conception initiale ou sur la faisabilité commerciale du projet dans les conditions d'exploitation propres au secteur privé). En particulier, il n'est pas souhaitable de considérer le droit de résiliation pour des raisons d'intérêt public 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", 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 habituellement limités aux cas de manquement grave de la part de l'autorité contractante ou à d'autres situations exceptionnelles, et ne comprennent pas normalement le droit général de résilier l'accord de projet au gré du concessionnaire. En outre, certains systèmes juridiques ne reconnaissent pas au concessionnaire le droit de résilier l'accord de projet unilatéralement, mais uniquement le droit 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 l'on constate que l'autorité contractante manque 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 l'étendre sur le montant approprié des dédommagements (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 73 à 76).

30. Outre les cas de manquement grave de la part de l'autorité contractante proprement dite, 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'inaptitude à assurer l'application de certaines mesures d'appui nécessaires 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 qu'un organe judiciaire ou autre de règlement des différends prononce une conclusion définitive, 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 obligations. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, cette règle ne s'applique pas aux contrats publics et la loi stipule 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 d'une décision judiciaire ou arbitrale, et seulement lorsqu'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", 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, le concessionnaire peut subir des préjudices très importants, voire irréparables, en fonction du temps requis pour obtenir une décision finale libérant le concessionnaire de ses obligations en vertu de l'accord de projet. Ces circonstances soulignent l'importance des garanties de l'État au regard des obligations assumées par les autorités contractantes (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 45 à 50) et la nécessité de permettre aux parties de 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", 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 impossible de façon constante en raison d'une circonstance définie dans l'accord de projet comme un empêchement exonératoire (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", 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 pertinent 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 en permanence par le concessionnaire, l'expiration ou la résiliation de l'accord de projet nécessite souvent le transfert d'actifs 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 d'actifs associés au projet

37. Dans la plupart des cas, les actifs et les biens 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", par. 23 à 29). Dans un projet type "construction-exploitation-transfert", le concessionnaire serait également obligé de transférer à l'autorité contractante l'infrastructure matérielle et d'autres actifs associés au projet au moment de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet. Les actifs qui doivent être transférés à l'autorité contractante comprennent souvent les actifs incorporels, comme les créances en cours et d'autres droits existant au moment du transfert. En fonction du projet, les actifs 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 actifs sont transférés directement du concessionnaire à un autre concessionnaire qui lui succède pour fournir le service considéré.

a) Transfert d'actifs à l'autorité contractante

38. Différents arrangements peuvent être nécessaires selon le type d'actifs à transférer (voir. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 28):

a) *Actifs 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 actifs 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 concessionnaire puisse pleinement amortir son investissement et rembourser intégralement ses dettes. D'autres législations font apparaître 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) *Actifs pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré.* Si l'autorité contractante décide d'exercer son droit d'acquérir ces actifs, le concessionnaire a normalement droit à un dédommagement correspondant à leur valeur au prix du marché

au moment donné. Toutefois, si l'on pouvait s'attendre à ce que ces actifs soient entièrement amortis (à savoir si les arrangements financiers du concessionnaire ne prévoyaient aucune valeur résiduelle des actifs), alors le prix versé pourrait être uniquement symbolique. Dans la pratique contractuelle de certains pays, il est courant que soient accordées à l'autorité contractante certaines sûretés réelles dans ces actifs à titre de garantie de transfert effectif;

c) *Actifs demeurant la propriété privée du concessionnaire*. En général, il s'agit d'actifs dont le concessionnaire peut librement disposer ou qu'il peut librement retrancher.

b) Transfert d'actifs 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 pourrait être utile que la loi exige du concessionnaire qu'il mette les actifs à la disposition d'un nouveau concessionnaire. Pour garantir une bonne transition des opérations et la continuité du service, le concessionnaire devrait être tenu de coopérer avec le nouveau concessionnaire lors de la remise des actifs considérés. Le transfert des actifs entre les concessionnaires peut nécessiter le versement de certains dédommagements au concessionnaire titulaire, selon que les actifs 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 devant le processus de sélection (voir également chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 27). Dans les projets d'infrastructure publique, l'une des hypothèses de base de la proposition financière des soumissionnaires est que tous les actifs à construire ou à conquérir 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 actifs à la fin de la période du projet. 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 pourrait être tenu de mettre tous les actifs à la disposition de son successeur gratuitement ou moyennant une simple contrepartie symbolique. En effet, si le concessionnaire a obtenu les bénéfices qu'il escomptait, tout transfert du nouveau concessionnaire représenterait une dépense supplémentaire qui finalement devrait être financée 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 actifs 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 actifs cédés à un nouveau concessionnaire.

c) Situation des actifs au moment du transfert

41. Lorsque les actifs sont cédés à l'autorité contractante ou directement transférés à un nouveau concessionnaire à l'expiration de la période de 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 au service. Le droit de l'autorité contractante de recevoir ces actifs 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 des garanties à cet effet (voir chap. IV, "Construction et

exploitation de l'infrastructure", par. 118). Lorsque l'autorité contractante demande que les actifs soient remis dans des conditions prédéterminées, ces conditions devraient être acceptables. S'il peut être raisonnable que l'autorité contractante demande que les actifs 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 ne sont peut-être pas applicables en cas de résiliation de l'accord de projet, en particulier si la résiliation intervient avant que la phase de construction n'ait été menée à bien.

42. Il est souhaitable d'élaborer des procédures pour déterminer l'état des actifs qui doivent être transférés à l'autorité contractante. Il pourrait 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 pourrait être dévolu le pouvoir de demander au concessionnaire de prendre des mesures raisonnables pour réparer l'ouvrage ou éliminer tout défaut ou insuffisance qu'il pourrait faire apparaître. Il pourrait 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 dans des conditions satisfaisantes la remise de l'ouvrage (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 118). L'autorité contractante pourrait puiser dans ces garanties pour financer le coût de la réparation des actifs ou 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 pour, par exemple, achever l'ouvrage ou continuer à fournir les services pertinents. Cela étant, 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 de dédommagement varient en général selon les motifs de la résiliation. Néanmoins, lors de la négociation des accords de dédommagement, 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 en général parmi les cas de défaillance dans les accords de prêt du concessionnaire. Dans la mesure où les accords de prêt 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 en suspens. La question de savoir si et dans quelle mesure une telle perte peut être compensée par l'autorité contractante dépend habituellement du motif de la résiliation de l'accord de projet. Un dédommagement partiel peut être limité à un montant correspondant à la valeur des travaux exécutés de façon satisfaisante par le concessionnaire, alors qu'un dédommagement complet couvrirait l'encours de la dette dans son intégralité. Une autre catégorie de perte parfois prise en compte dans les accords de dédommagement 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 les dédommagements dus au concessionnaire;

b) *Degré d'achèvement, valeur résiduelle et amortissement des actifs*. Les régimes de dédommagement contractuel correspondant à diverses causes de résiliation prévoient en général des dédommagements proportionnés 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 de l'infrastructure au prix du marché au moment de la résiliation. La valeur du marché 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 un dédommagement complet correspondant à la valeur de l'ouvrage, le concessionnaire reçoit souvent un dédommagement correspondant uniquement à la valeur résiduelle des actifs 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 un dédommagement lorsque la résiliation est due à un manquement de sa part. Dans certains cas, il peut être dans l'obligation de verser des dommages-intérêts à l'autorité contractante, bien que, dans la pratique, un concessionnaire défaillant dont les dettes sont déclarées exigibles par ses créanciers a rarement à sa disposition les 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 actifs sans rémunérer le concessionnaire. Pour régler équitablement cette question, on pourrait peut-être établir une distinction entre les différents types d'actifs, selon les arrangement y relatifs envisagés dans l'accord de projet (voir par. 38):

a) *Actifs devant être transférés à l'autorité contractante*. Lorsque l'accord de projet requiert le transfert automatique des actifs du projet à l'autorité contractante à l'expiration de l'accord, la résiliation pour manquement n'implique pas habituellement le versement de dédommagements au concessionnaire pour les actifs 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) *Actifs pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré*. Un dédommagement financier peut être indiqué lorsque l'autorité contractante a le choix d'acquérir les actifs à la valeur du marché au moment de la résiliation 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 un dédommagement financier inférieur à la valeur totale des actifs de manière à encourager le concessionnaire à améliorer ses résultats. De même, il n'est peut-être pas nécessaire que ce dédommagement couvre le montant total du remboursement de l'encours de la dette du concessionnaire. Il est souhaitable de fixer les détails de la formule régissant les dédommagements financiers dans l'accord de projet (c'est-à-dire qu'il faudrait déterminer si le dédommagement couvre la valeur désagrégée des actifs ou le montant le moins élevé entre l'encours de la dette et la valeur des usages concurrents);

c) *Actifs restant la propriété privée du concessionnaire*. Dans le cas d'actifs 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 de dédommagement. Une situation différente peut toutefois se présenter dans le cas de projets entièrement privatisés, où tous les actifs, 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 reprendre les actifs, même si cela n'est pas prévu dans l'accord de projet. Dans de tels cas, il serait équitable de dédommager le concessionnaire sur la base de la valeur des actifs au prix du marché. L'accord de projet peut toutefois prévoir que les dédommagements seront réduits du montant des frais supportés par l'autorité contractante pour exploiter l'installation ou engager un autre opérateur.

b) Résiliation due à un manquement de l'autorité contractante

46. En général, le concessionnaire a droit à une réparation intégrale pour les pertes subies suite à la résiliation de l'accord pour des motifs attribuables à l'autorité contractante. Les dédommagements qui lui sont dus comprennent habituellement les dédommagements correspondant à la valeur des travaux et des ouvrages, dans la mesure où ils n'ont pas déjà été amortis, ainsi qu'au préjudice causé au concessionnaire, 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 réparation 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. En prévoyant des accords de dédommagement 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 exonératoires 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 exonératoires

48. Par définition, les empêchements exonératoires sont hors de portée du contrôle des parties, et, en règle générale, la résiliation dans ces circonstances pourrait ne pas donner lieu à des demandes de dédommagement par l'une ou l'autre partie. Toutefois, dans certains cas, il pourrait être équitable de prévoir des dédommagements pour le concessionnaire, par exemple une juste compensation pour les travaux déjà réalisés, en

particulier lorsque les actifs, en raison de leur nature spécifique, ne peuvent être retranchés par le concessionnaire ou mis à profit par lui, mais peuvent être efficacement utilisés par l'autorité contractante pour fournir le service pertinent (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 les dédommagements dus au concessionnaire représentent une réparation "intégrale" (à savoir remboursement de la dette, du capital social et du manque à gagner).

ii) Résiliation au gré de l'autorité contractante

49. Lorsque l'accord de projet reconnaît le droit de l'autorité contractante de résilier l'accord à son gré, les dédommagements à verser au concessionnaire englobent en général les dédommagements pour les mêmes éléments que ceux à prendre en compte dans les dédommagements exigibles en cas de résiliation pour manquement de l'autorité contractante (voir par. 46), mais pas nécessairement de façon intégrale. Pour définir le montant équitable des dédommagements dus au concessionnaire, il peut être utile d'établir une distinction entre la résiliation au gré de l'autorité contractante pendant la phase de construction et la résiliation au gré de l'autorité contractante pendant la phase d'exploitation:

a) *Résiliation au gré de l'autorité contractante pendant la phase de construction.* Si l'accord de projet est résilié pendant la phase de construction, les accords de dédommagement 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 montant du prix correspondant aux travaux de construction exécutés dans des conditions satisfaisantes ainsi qu'aux dépenses engagées et aux pertes subies par lui en raison de la résiliation du contrat. Toutefois, dans la mesure où l'autorité contractante, normalement, ne verse pas une somme pour les travaux de construction exécutés par le concessionnaire, le principal critère, pour calculer le dédommagement, 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 décaissées 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. Une autre question est de savoir 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, le concessionnaire 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 avait l'obligation de dédommager le concessionnaire pour manque à gagner, l'exercice de son droit de résilier l'accord à son gré risquerait d'être financièrement prohibitif. Dans le cadre de l'accord de projet, on pourrait, entre autres, établir une échelle des versements à effectuer par l'autorité contractante à titre de dédommagement 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 au gré de la partie contractante pendant la phase d'exploitation.* S'agissant des travaux de construction menés à terme de façon satisfaisante par le concessionnaire, les accords de dédommagement peuvent être les mêmes que dans le cas d'une résiliation au gré de la partie contractante pendant la phase de construction. Toutefois, un dédommagement équitable pour résiliation au gré de la partie contractante pendant la phase d'exploitation pourrait inclure un juste dédommagement pour manque à gagner. Dans ce cas, une norme plus élevée de dédommagement peut être justifiée 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 pourrait avoir à sa disposition un ouvrage achevé, pouvant être exploité rentablement. Le dédommagement pour manque à gagner est souvent calculé 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 tarifs convenus. Il en est ainsi, car 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 ait des antécédents de rentabilité.

3. Mesures de liquidation et mesures d'accompagnement

50. Lorsque l'ouvrage est transféré à l'autorité contractante à la fin de la période de 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 prescrites d'efficacité et de sûreté. L'accord de projet peut obliger le concessionnaire à transférer certaines technologies ou certains savoir-faire nécessaires 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 prévoir l'obligation, pour le concessionnaire, d'assurer ou de faciliter la fourniture de pièces détachées dont l'autorité contractante peut avoir besoin pour réparer l'ouvrage. Il convient toutefois de noter que le concessionnaire pourrait 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 aurait été constitué à la seule fin d'exécuter le projet et n'aurait pas besoin de se procurer la technologie ou les pièces détachées nécessaires auprès de tiers.

a) Transfert de technologie

51. Dans quelques cas, l'ouvrage transféré à l'autorité contractante comporte divers procédés technologiques nécessaires à la production de certains biens (tels que l'électricité ou l'eau potable) ou à la fourniture des services pertinents (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 lorsque l'autorité contractante possède les qualifications de base requises pour mettre en œuvre certains éléments de l'exploitation et de la maintenance (par exemple bâtiment 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 renvoie souvent à ce que l'on appelle le "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 dispositions contractuelles peuvent être adoptées pour le transfert de technologie et l'exécution des autres obligations nécessaires pour construire et exploiter

l'ouvrage. En soi, le transfert de technologie peut s'effectuer de diverses manières, par exemple par la délivrance de licences de propriété industrielle, par la création d'une coentreprise entre les parties ou par la fourniture d'un savoir-faire confidentiel. Le *Guide* n'a pas pour objet d'aborder en 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 Unies.[1] Les paragraphes ci-après signalent simplement certaines questions majeures que soulève la communications des connaissances nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage moyennant la formation du personnel de l'autorité contractante ou 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 le personnel de l'autorité contractante. Pour déterminer ses besoins en 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 les besoin en personnel pour assurer le fonctionnement et la maintenance de l'ouvrage, y compris les qualifications techniques de base et autres que le personnel doit posséder. Cet état des besoins 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 transférées moyennant 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 et clairement rédigés, et dans une langue spécifiée. Il peut être souhaitable d'obliger le concessionnaire, à la demande de l'autorité contractante, à faire des démonstrations des 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 la fourniture de toute la documentation doit être intervenue au moment fixé 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 accompli que lorsque toute la documentation concernant son exploitation et qui, en vertu du contrat, doit être fournie avant l'achèvement des travaux, aura été effectivement communiquée. Il peut être souhaitable de prévoir qu'une certaine 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. Le volume de l'aide que l'autorité contractante attend du concessionnaire en ce qui concerne la fourniture des pièces détachées et des services sera subordonné à la technologie et au personnel qualifié dont dispose l'autorité contractante. 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 voudra peut-être que le concessionnaire fournisse le personnel affecté à un grand nombre de postes techniques dans l'ouvrage, alors que dans d'autres, elle préférera qu'il fournisse uniquement les services d'experts techniques pour collaborer à titre consultatif avec son 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 obliger le concessionnaire à 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 devrait notamment prévoir: 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 les opérations de caractère organisationnel, comme l'établissement de programmes de maintenance ou de registres et fichiers de maintenance. Le concessionnaire peut également être obligé par l'autorité contractante à fournir des manuels d'exploitation et de maintenance énonçant des 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 consisterait à prévoir dans l'accord de projet que ce personnel doit être associé au personnel du concessionnaire pour assurer les opérations d'exploitation et de maintenance pendant un certain temps ou après le transfert de l'ouvrage. Les postes que doivent occuper les membres du personnel employés par le 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 de rechange 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 prévoyaient 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 questions.[2] 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 fournisse des plans conformes à l'exécution indiquant comment les diverses pièces sont reliées les unes aux autres et comment on peut y accéder afin de pouvoir installer les pièces de rechange et d'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.

Notes

[1] La négociation et la réduction de contrats concernant l'octroi de licences de propriété intellectuelle 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 Unie, numéro de vente: F.87:V.19), chap. 6, "Transfert de technologie".

[2] La 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* 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 (ECE/TRADE/154).