

**Assemblée générale**

Distr.: Générale
19 décembre 2002

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**

Trente-sixième session
Vienne, 30 juin-18 juillet 2003

**Projet d'additif au Guide législatif de la CNUDCI sur les
projets d'infrastructure à financement privé****Note du secrétariat****Additif: Projet final de synthèse de dispositions législatives types**

1. L'annexe à la présente note contient le texte intégral des dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé, telles que les a approuvées le Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé à sa cinquième session (Vienne, 9-13 septembre 2002).
2. Comme il est indiqué aux paragraphes 19 à 21 du document A/CN.9/521, trois options principales s'offrent à la Commission en ce qui concerne le lien entre les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation qui figure dans le Guide législatif. La première consisterait à conserver à la fois les recommandations et les dispositions types, une fois celles-ci adoptées, sous forme de deux textes distincts; la deuxième à remplacer l'ensemble des recommandations par les dispositions législatives types; et la troisième à remplacer uniquement les recommandations pour lesquelles la Commission aurait adopté des dispositions législatives types. On trouvera dans le document A/CN.9/522/Add.2 un tableau de concordance présentant les recommandations et les dispositions législatives types correspondantes.
3. Pour aider plus avant la Commission à examiner cette question, l'annexe à la présente note contient le texte des recommandations pour lesquelles aucune disposition législative type n'a été élaborée, suivi du texte intégral des dispositions législatives types. Les dispositions types ont été renumérotées de manière que soit maintenu l'ordre cardinal. L'avant-propos tient compte de l'hypothèse selon laquelle certaines au moins des recommandations seront conservées parallèlement aux dispositions législatives types.



4. Si la Commission décide de procéder ainsi, la première publication des dispositions législatives types, en attendant qu'elles soient incorporées dans une future édition de synthèse du Guide législatif de la CNUDCI, contiendra une note dont la teneur pourrait être la suivante:

“Les dispositions législatives types (ci-après “les dispositions types”) ont été adoptées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en 2003 en tant qu’additif à son Guide législatif sur les projets d’infrastructure à financement privé (ci-après “le Guide législatif”), qu’elle a adopté en 2000. Elles reflètent, en langage juridique, les principes énoncés dans les recommandations qui figuraient à l’origine dans le Guide législatif, et remplacent ces recommandations à l’exception de celles pour lesquelles aucune disposition type n’a été élaborée. Bien qu’elles renvoient pour la plupart à des recommandations particulières formulées dans le Guide législatif, elles ne couvrent pas tout l’éventail des questions abordées par ces dernières. En particulier, il n’y a aucune disposition type sur des questions administratives ou institutionnelles, comme celles qui sont traitées dans les recommandations 1 et 5 à 13. Le texte de synthèse des recommandations restantes et des dispositions types remplace l’ensemble des recommandations concernant la législation énoncée aux pages xi à xxv du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d’infrastructure à financement privé”.

5. Le texte de l’annexe I comporte, sous l’intitulé des projets de dispositions types et parfois dans le corps du texte, des renvois aux recommandations correspondantes. Si la Commission décide que les dispositions types, une fois adoptées, devraient remplacer l’ensemble ou une partie des recommandations, ces renvois seront supprimés de la version finale du texte.

6. Les renvois internes entre les projets de dispositions types ont été laissés en italiques et entre crochets, en attendant que la Commission décide si les projets de dispositions types devraient ou non devenir une loi type. Si c’est la forme d’une loi qui est choisie, les renvois feront référence à des “articles” et non plus à des “dispositions types”.

Table des matières

		<i>Page</i>
Avant-propos		5
Première partie: Recommandations concernant la législation		
	<i>Recommandations</i>	<i>Page</i>
I. Cadre législation et institutionnel général	1-11	6
Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel	1	6
Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions	2-5	6
Coordination administrative	6	6
Fonction de réglementation des services d'infrastructure	7-11	7
II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics	12-13	7
Risques de projet et répartition des risques	12	7
Appui des pouvoirs publics	13	7
Deuxième partie: Projets de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé		
	<i>Dispositions types</i>	<i>Page</i>
I. Dispositions générales	1-4	8
Préambule	1	8
Définitions	2	8
Pouvoir de conclure des contrats de concession	3	9
Secteurs d'infrastructure dans lesquels des contrats de concession peuvent être conclus	4	10
II. Sélection du concessionnaire	5-27	10
Règles régissant la procédure de sélection	5	10
Objet de la présélection et procédure de présélection	6	11
Critères de présélection	7	12
Participation de consortiums	8	13
Décision concernant la présélection	9	13
Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes	10	14
Teneur de la sollicitation de propositions	11	15
Garanties de soumission	12	15
Éclaircissements et modifications	13	16
Critères d'évaluation	14	16
Comparaison et évaluation des propositions	15	17
Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères	16	17
Négociations finales	17	18
Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition	18	18
Procédures de négociation d'un contrat de concession	19	19
Admissibilité des propositions spontanées	20	20
Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées	21	20
Propositions spontanées ne comportant pas de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs	22	21

	<i>Dispositions types</i>	<i>Page</i>
Propositions spontanées comportant des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs	23	21
Confidentialité des négociations	24	22
Avis d'attribution du contrat	25	22
Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution	26	23
Procédures de recours	27	23
III. Construction et exploitation de l'infrastructure	28-42	23
Contenu du contrat de concession	28	23
Droit applicable	29	25
Organisation du concessionnaire	30	25
Propriété des biens	31	26
Acquisition de droits relatifs au site du projet	32	26
Servitudes	33	27
Arrangements financiers	34	27
Sûretés	35	27
Cession du contrat de concession	36	28
Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire	37	28
Exploitation de l'infrastructure	38	28
Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation	39	29
Révision du contrat de concession	40	29
Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante	41	29
Substitution de concessionnaire	42	30
IV. Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession	43-48	30
Durée et prorogation du contrat de concession	43	30
Résiliation du contrat de concession par l'autorité contractante	44	30
Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire	45	31
Résiliation du contrat de concession par l'une ou l'autre partie	46	31
Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession	47	31
Liquidation et mesures de transfert	48	32
V. Règlement des différends	49-51	32
Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire	49	32
Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage	50	32
Autres différends	51	32

Avant-propos

Les pages qui suivent contiennent un ensemble de principes législatifs généraux recommandés intitulés “Recommandations concernant la législation” et des dispositions législatives types (ci-après “les dispositions types”) sur les projets d’infrastructure à financement privé. Les recommandations concernant la législation et les dispositions types ont pour objet d’aider les organes législatifs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d’infrastructure à financement privé. Elles sont suivies de notes qui fournissent une analyse des différentes questions (financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres) liées au sujet examiné. Il est conseillé de lire les recommandations concernant la législation et les dispositions types conjointement avec les notes qui fournissent des informations d’ordre général visant à mieux les faire comprendre.

Les recommandations concernant la législation et les dispositions types sont un ensemble de dispositions fondamentales portant sur des questions qu’il importe d’aborder dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d’infrastructure à financement privé.

Les dispositions types sont conçues pour être appliquées et complétées par des règlements plus détaillés, et les domaines pour lesquels un règlement serait plus approprié qu’une loi sont signalés. Par ailleurs, la réalisation avec succès de projets d’infrastructure à financement privé suppose, au-delà de la mise en place d’un cadre législatif approprié, l’existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, juridiques et financières, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu’une économie stable.

Il convient de noter que les recommandations concernant la législation et les dispositions types n’abordent pas d’autres domaines du droit qui ont également un impact sur les projets d’infrastructure à financement privé, mais sur lesquels aucune recommandation n’est formulée dans le Guide législatif, par exemple, la promotion et la protection des investissements, le droit des biens, les sûretés, les règles et procédures d’expropriation, le droit général des contrats, les règles applicables aux marchés publics et le droit administratif, le droit fiscal, la protection de l’environnement et les lois relatives à la protection des consommateurs.

Première partie

Recommandations concernant la législation

I. Cadre législatif et institutionnel général

Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel (voir chap. I^{er}, “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^{er}, “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^{er}, “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.*

Deuxième partie

Projets de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé

I. Dispositions générales

Disposition type 1. Préambule

[Voir recommandation 1 et chap. I^{er}, par. 2 à 14]

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre législatif favorable pour promouvoir et faciliter l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en accroissant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures;

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de renforcer davantage les principes généraux de transparence, d'économie et d'équité dans l'attribution de marchés par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l'attribution des projets d'infrastructure;

[Autres objectifs que l'État adoptant souhaiterait éventuellement indiquer;]

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la loi ci-après:

Disposition type 2. Définitions

[Voir Introduction, par. 9 à 20]

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "*ouvrage*" désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population;

b) Le terme "*projet d'infrastructure*" désigne la conception, la construction, la mise en service et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l'expansion ou l'exploitation d'ouvrages existants;

c) Le terme "*autorité contractante*" désigne l'autorité publique qui a le pouvoir de conclure un contrat de concession pour l'exécution d'un projet d'infrastructure [conformément aux dispositions de la présente Loi]¹;

d) Le terme "*concessionnaire*" désigne la personne qui exécute un projet d'infrastructure dans le cadre d'un contrat de concession conclu avec une autorité contractante;

e) Le terme "*contrat de concession*" désigne le ou les accords liant mutuellement l'autorité contractante et le concessionnaire qui énoncent les conditions d'exécution d'un projet d'infrastructure;

¹ Il est à noter que l'autorité visée dans cette définition est uniquement habilitée à conclure des contrats de concession. Suivant le régime réglementaire de l'État adoptant, un organisme distinct, appelé "organisme de réglementation" à l'alinéa h), peut être chargé d'édicter des règles et règlements régissant la prestation des services prévus.

f) Les termes “soumissionnaire” et “soumissionnaires” désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection concernant un projet d’infrastructure²;

g) Le terme “*proposition spontanée*” désigne toute proposition relative à l’exécution d’un projet d’infrastructure qui n’est pas soumise en réponse à une sollicitation de propositions publiée par l’autorité contractante dans le cadre d’une procédure de sélection;

h) Le terme “*organisme de réglementation*” désigne une autorité publique qui est chargée d’édicter et de faire appliquer des règles et des règlements régissant l’ouvrage ou la prestation des services prévus³.

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des contrats de concession

[Voir recommandation 2 et chap. I^{er}, par. 15 à 18]

Les autorités publiques ci-après ont le pouvoir de conclure des contrats de concession⁴ pour l’exécution de projets d’infrastructure relevant de leur compétence respective: [l’État adoptant indique les autorités publiques du pays hôte qui sont habilitées à conclure des contrats de concession en insérant soit une liste exhaustive ou indicative de ces autorités, soit une liste des types ou catégories d’autorités concernés soit encore une combinaison des deux]⁵.

² Les termes “soumissionnaire” ou “soumissionnaires” désignent, selon le contexte, soit des personnes qui ont sollicité une invitation à participer à une procédure de présélection, soit des personnes qui ont soumis une proposition en réponse à une sollicitation de propositions émanant de l’autorité contractante.

³ Il faudra peut-être définir la composition, la structure et les fonctions de cet organisme de réglementation dans un texte législatif spécial (voir recommandations 7 à 11 et chap. I^{er}, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 30 à 53).

⁴ Il est souhaitable d’établir des mécanismes institutionnels 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 (voir recommandation 6 et chap. I^{er} “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 23 à 29). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d’appui aux projets d’infrastructure, il peut être utile que les textes correspondants, tels que les lois ou règlements régissant les activités des organismes publics autorisés à fournir un tel appui, indiquent clairement quels sont les organismes habilités en la matière et quelle forme peut revêtir cet appui (voir chap. II, “Risques de projet et appui des pouvoirs publics”).

⁵ Les États adoptants auraient généralement deux possibilités pour compléter la présente disposition type. La première serait d’insérer une liste d’autorités habilitées à conclure des contrats de concession, soit dans la disposition elle-même, soit dans une annexe. La seconde serait d’indiquer dans une disposition les niveaux de l’État autorisés à conclure de tels contrats, sans désigner nommément les autorités publiques concernées. S’agissant d’un État fédéral, par exemple, cette disposition pourrait mentionner l’“Union, les États [ou provinces] et les municipalités”. En tout état de cause, il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un règlement d’application de la loi susceptible d’être adopté.

Disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels des contrats de concession peuvent être conclus

[Voir recommandation 4 et chap. I^{er}, par. 19 à 22]

Des contrats de concession peuvent être conclus par les autorités compétentes dans les secteurs suivants: *[l'État adoptant indique les secteurs concernés en insérant une liste exhaustive ou indicative]*⁶.

II. Sélection du concessionnaire

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection

[Voir recommandation 14 et chap. III, par. 1 à 33]

La sélection du concessionnaire est effectuée conformément aux [dispositions types 6 à 27] et, pour les matières non régies ci-après, conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces pour l'attribution des marchés publics]*⁷.

⁶ Il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d'application.

⁷ Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du concessionnaire et le cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics dans l'État adoptant. Si certains éléments de compétition structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d'adaptations pour tenir compte des exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé, telles qu'une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des sollicitations de propositions, des critères d'évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s'inspirent dans une large mesure de 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, adoptée par la Commission à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994 (ci-après la "Loi type sur la passation des marchés"). Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n'ont pas pour objet de remplacer ni de reproduire la totalité des règles de l'État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d'aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s'appliquant spécialement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu'il existe dans l'État adoptant un cadre général pour l'attribution des marchés publics prévoyant des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type sur la passation des marchés. Aussi n'abordent-elles pas un certain nombre d'aspects procéduraux d'ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C'est le cas, par exemple, des points suivants: modalités de publication des avis, procédures de publication des sollicitations de propositions, conservation des actes et informations concernant la procédure de passation, possibilité de divulguer des informations au public, garanties de soumission et procédures de recours. Lorsqu'il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type sur la passation des marchés qui peuvent, *mutatis mutandis*, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans le présent chapitre.

1. Présélection des soumissionnaires

Disposition type 6. Objet de la présélection et procédure de présélection

[Voir chap. III, par. 34 à 50]

1. L'autorité contractante engage une procédure de présélection afin d'identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet d'infrastructure envisagé.

2. L'invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs]*.

3. Dans la mesure où *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer à la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs]* ne l'exigent pas déjà⁸, l'invitation à participer à la procédure de présélection contient au minimum les renseignements suivants:

- a) Une description de l'ouvrage à construire ou à rénover;
- b) L'indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple, si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances ou si des fonds publics peuvent être octroyés au concessionnaire sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties); et
- c) Lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses du contrat de concession qui sera conclu;
- d) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et une heure précises et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes;
- e) Le mode et le lieu de soumission des demandes de dossier de présélection.

4. Dans la mesure où *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le cadre d'une procédure de présélection]* ne l'exigent pas déjà⁹, le dossier de présélection indique au minimum les éléments suivants:

- a) Les critères de présélection prévus dans la *[disposition type 7]*;
- b) Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la *[disposition type 8]* concernant la participation de consortiums;

⁸ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une invitation à participer à une procédure de présélection au paragraphe 2 de l'article 25 de la Loi type sur la passation des marchés.

⁹ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans un dossier de présélection au paragraphe 3 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés.

c) Si l'autorité contractante a l'intention de demander à un nombre limité¹⁰ seulement de soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément au [par. 2 de la disposition type 9] et, le cas échéant, la façon dont cette sélection sera effectuée;

d) Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une personne morale indépendante, constituée et incorporée selon les lois du [présent État] conformément à la [disposition type 30].

5. Pour les matières non régies par [la présente disposition type], la procédure de présélection est conduite conformément au [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite de la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs]¹¹.

Disposition type 7. Critères de présélection

[Voir recommandation 15 et chap. III, par. 34 à 40, 43 et 44]

Pour être admis à la procédure de sélection, les soumissionnaires intéressés doivent satisfaire aux critères¹² justifiables objectivement que l'autorité contractante juge appropriés pour la procédure envisagée, tels qu'ils sont indiqués dans le dossier de présélection. Ces critères sont au minimum les suivants:

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, notamment 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 ce projet;

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

¹⁰ 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). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le Guide législatif (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48 et 49). Voir également la note 14.

¹¹ Les paragraphes 2 à 7 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés décrivent différents aspects de la procédure de présélection, notamment la façon dont les demandes d'éclaircissements sont traitées et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante, concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires.

¹² 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. Les différents problèmes posés par les préférences nationales sont examinés dans le Guide législatif (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 43 et 44). Ce dernier indique que les pays souhaitant offrir des incitations aux fournisseurs nationaux peuvent éventuellement appliquer ces préférences sous la forme de critères d'évaluation spéciaux au lieu d'exclure systématiquement les fournisseurs étrangers. En tout état de cause, lorsque des préférences nationales sont envisagées, elles devraient être annoncées à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

Disposition type 8. Participation de consortiums

[Voir recommandation 16 et chap. III, par. 41 et 42]

1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications conformément à la [disposition type 7] concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants.

2. Sauf [autorisation contraire de ... [l'État adoptant indique l'autorité compétente] et] indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium¹³. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.

3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en considération les capacités des différents membres du consortium et détermine si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

[Voir recommandation 17 (pour le paragraphe 2) et chap. III, par. 47 à 50]

1. L'autorité contractante prend une décision sur les qualifications de chaque soumissionnaire ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans le dossier de présélection. Tous les soumissionnaires présélectionnés sont ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions conformément aux [dispositions types 10 à 17].

2. Nonobstant le paragraphe 1, l'autorité contractante peut, à condition d'avoir fait une déclaration appropriée à cet effet dans le dossier de présélection, se réserver le droit de solliciter des propositions uniquement d'un nombre limité¹⁴ de soumissionnaires répondant le mieux aux critères de présélection une fois la procédure de présélection terminée. À cette fin, elle note les soumissionnaires qui satisfont aux critères de présélection en se fondant sur les critères appliqués pour

¹³ L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet.

¹⁴ 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). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le Guide législatif (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48). Il convient de noter que le système de notation est uniquement utilisé pour la présélection des soumissionnaires. Les notes attribuées aux soumissionnaires présélectionnés ne devraient pas être prises en considération lors de la phase d'évaluation des propositions (voir disposition type 15), pour laquelle tous les soumissionnaires présélectionnés devraient partir sur un pied d'égalité.

évaluer leurs qualifications et établit la liste des soumissionnaires qui seront invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée. En établissant la liste restreinte, l'autorité contractante applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans le dossier de présélection.

2. Procédure de sollicitation de propositions

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

[Voir recommandations 18 (pour le paragraphe 1) et 19 (pour les paragraphes 2 et 3) et chap. III, par. 51 à 58]

1. L'autorité contractante fournit un exemplaire de la sollicitation de propositions et des documents connexes publiés conformément à la *[disposition type 11]* à chaque soumissionnaire présélectionné qui en acquitte le prix éventuellement demandé.

2. 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'estime pas possible de décrire dans la sollicitation de propositions les caractéristiques du projet, telles que le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les arrangements financiers ou les clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives.

3. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent:

a) Les soumissionnaires sont invités, dans la sollicitation initiale de propositions, à soumettre, lors de la première étape de la procédure, des propositions initiales concernant le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les besoins de financement ou d'autres caractéristiques du projet ainsi que les principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante¹⁵;

b) L'autorité contractante peut convoquer des réunions et tenir des discussions avec l'un quelconque des soumissionnaires afin de clarifier certains points concernant la sollicitation initiale de propositions ou les propositions initiales et les documents joints présentés par les soumissionnaires. Elle dresse un procès-verbal de ces réunions ou discussions dans lequel elle indique les points qui ont été soulevés et les éclaircissements qu'elle a fournis;

¹⁵ Dans de nombreux cas, en particulier pour de nouveaux types de projets, il se peut que l'autorité contractante ne soit pas en mesure, à ce stade d'élaborer un projet détaillé des clauses contractuelles qu'elle envisage. Elle peut aussi juger préférable de rédiger ces clauses uniquement après une première série de consultations avec les soumissionnaires présélectionnés. Quoi qu'il en soit, il est important qu'elle donne, à ce stade, des indications sur les principales clauses du contrat de concession, en particulier sur la manière dont les risques de projet devraient être répartis entre les parties dans le cadre de ce contrat. Si cette répartition des droits et obligations contractuels est laissée entièrement ouverte jusqu'après la publication de la sollicitation définitive de propositions, les soumissionnaires peuvent chercher à réduire au minimum les risques qu'ils acceptent, ce qui peut aller à l'encontre de l'objectif d'un financement privé du projet (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 67 à 70; voir également chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29).

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser la sollicitation initiale de propositions en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement initiaux, ou encore d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans cette sollicitation de même qu'en y ajoutant d'autres caractéristiques ou des critères. L'autorité contractante indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection à conserver conformément à *[la disposition type 26]* les motifs de toute révision de la sollicitation de propositions. Les propositions, suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives;

d) Durant la deuxième étape de la procédure, l'autorité contractante invite les soumissionnaires à soumettre des propositions définitives correspondant à un ensemble unique de spécifications du cahier des charges, d'indicateurs de résultats ou de clauses contractuelles conformément aux *[dispositions types 11 à 17]*.

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation de propositions

[Voir recommandation 20 et chap. III, par. 59 à 70]

Dans la mesure où *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur des sollicitations de propositions]* ne l'exigent pas déjà¹⁶, la sollicitation de propositions comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions¹⁷;

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'environnement¹⁸;

c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante, avec indication des clauses considérées comme non négociables;

d) Critères d'évaluation des propositions et seuils éventuellement fixés par l'autorité contractante pour identifier les propositions non conformes; importance relative à accorder à chaque critère d'évaluation; et manière d'appliquer ces critères et seuils dans l'évaluation et le rejet des propositions.

Disposition type 12. Garanties de soumission

[Voir chap. III, par. 62]

1. La sollicitation de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur de la garantie de soumission ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission demandée.

¹⁶ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une sollicitation de propositions relatives à des services à l'article 38 de la Loi type sur la passation des marchés.

¹⁷ On trouvera une liste d'éléments à fournir au chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphes 61 et 62 du Guide législatif.

¹⁸ Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 64 à 66.

2. Un soumissionnaire ne perd pas les garanties de soumission qu'il a pu être tenu de fournir sauf dans les cas suivant¹⁹ :

a) Retrait ou modification d'une proposition après la date limite de soumission des propositions et, si cela est prévu dans la sollicitation de propositions, avant la date limite;

b) Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément au [par. 1 de la disposition type 17];

c) Défaut de présentation d'une meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément au [par. 2 de la disposition type 17];

d) Défaut de signature de l'accord de concession alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée;

e) Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du contrat de concession après l'acceptation de la proposition ou manquement, avant la signature du contrat de concession, à toute autre condition spécifiée dans la sollicitation de propositions.

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications

[Voir recommandation 21 et chap. III, par. 71 et 72]

L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, revoir et, selon qu'il convient, réviser tout élément de la sollicitation définitive de propositions mentionné dans [la disposition type 11]. Elle indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection devant être conservés conformément [à la disposition type 26] les motifs de toute révision de la sollicitation. Les suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la sollicitation de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.

Disposition type 14. Critères d'évaluation

[Voir recommandations 22 (pour le paragraphe 1) et 23 (pour le paragraphe 2) et le chap. III, par. 73 à 77]

1. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques²⁰ incluent au minimum les éléments suivants:

- a) Rationalité technique;
- b) Respect des normes environnementales;
- c) Faisabilité opérationnelle;
- d) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.

¹⁹ On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 32 de la Loi type sur la passation des marchés.

²⁰ Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 74.

2. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales²¹ incluent, selon qu'il convient:

- a) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, prix unitaires et autres charges proposés;
- b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante propose d'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, d'une autorité publique du [*présent État*];
- e) La rationalité des arrangements financiers proposés;
- f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions;
- g) Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

[*Voir recommandation 24 et chap. III, par. 78 à 82*]

1. L'autorité contractante compare et évalue chaque proposition conformément aux critères d'évaluation, à l'importance relative accordée à chacun d'eux et à la procédure d'évaluation prévue dans la sollicitation de propositions.

2. Aux fins du paragraphe 1, l'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils sont considérées comme non conformes et sont écartées de la procédure de sélection²².

Disposition type 16. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères

[*Voir recommandation 25 et chap. III, par. 78 à 82*]

L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la

²¹ Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par 75 à 77.

²² La présente disposition type donne un exemple de procédure d'évaluation susceptible d'être appliquée par une autorité contractante pour comparer et évaluer des propositions concernant des projets d'infrastructure à financement privé. D'autres procédures, telles que le processus d'évaluation en deux temps ou le système à deux enveloppes, sont décrites au chapitre III, "Sélection du concessionnaire" (par. 79 à 82). Contrairement à la procédure prévue dans la présente disposition, elles sont censées permettre à l'autorité contractante de comparer et d'évaluer les critères non financiers indépendamment des critères financiers afin d'éviter des situations où une importance excessive serait accordée à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers. Pour assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité de la phase d'évaluation de la procédure de sélection, il est recommandé à l'État adoptant d'indiquer dans sa législation les méthodes que les autorités contractantes peuvent employer pour comparer et évaluer les propositions ainsi que leurs modalités d'application.

présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié²³.

Disposition type 17. Négociations finales

[Voir recommandations 26 (pour le paragraphe 1) et 27 (pour le paragraphe 2) et chap. III, par. 83 et 84]

1. L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes et invite à une négociation finale du contrat de concession le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

2. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat de concession, elle informe ce dernier de son intention d'y mettre fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive. Si le soumissionnaire ne présente pas une offre acceptable par l'autorité contractante dans le délai prescrit, celle-ci met fin aux négociations avec lui. Elle invite ensuite les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à conclure un contrat de concession ou rejette toutes les propositions restantes. L'autorité contractante ne reprend pas des négociations avec un soumissionnaire auxquelles elle a mis fin conformément au présent paragraphe.

3. Négociation de contrats de concession sans procédure de mise en compétition

Disposition type 18. Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition

[Voir recommandation 28 et chap. III, par. 89]

Sous réserve de l'approbation de ... *[l'État adoptant indique l'autorité compétente]*²⁴, l'autorité contractante est autorisée à négocier un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les *[dispositions types 6 à 17]*, dans les cas suivants:

a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d'ouvrir les procédures prévues dans les *[dispositions types*

²³ Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, les critères doivent être les mêmes que ceux utilisés dans le cadre de cette procédure.

²⁴ Soumettre l'attribution du contrat de concession sans recours à une procédure de mise en compétition à l'approbation d'une autorité supérieure vise à faire en sorte que l'autorité contractante n'engage des négociations directes avec des soumissionnaires que dans les circonstances appropriées (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 85 à 96). C'est pourquoi la disposition type propose que l'État adoptant indique quelle autorité est compétente pour autoriser des négociations dans tous les cas prévus par elle. L'État adoptant peut néanmoins fixer différentes conditions d'approbation pour chaque alinéa de la disposition. Dans certains cas, par exemple, il peut prévoir que le pouvoir d'engager de telles négociations découle directement de la loi. Dans d'autres, il peut subordonner les négociations à l'approbation de différentes autorités supérieures, selon la nature des services à fournir ou le secteur d'infrastructure concerné. L'État adoptant devra peut-être alors adapter la disposition type en ajoutant la condition d'approbation particulière requise à l'alinéa correspondant ou bien en ajoutant une référence aux dispositions de sa législation qui fixent ces conditions.

6 à 17], 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;

b) Lorsque le projet est de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas le montant [de...] [l'État adoptant spécifie un montant maximum] [prévu dans...] [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui spécifient le montant au-dessous duquel un projet d'infrastructure à financement privé peut être attribué sans recours à une procédure de mise en compétition]²⁵;

c) Lorsque le projet concerne la défense ou la sécurité nationales;

d) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé, par exemple lorsque la prestation du service exige l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession;

e) En cas de propositions spontanées du type visé dans la [disposition type 23];

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 invitation à la procédure de présélection et d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet dans les délais voulus²⁶;

g) Dans d'autres cas où [l'État adoptant indique l'autorité compétente] autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général²⁷.

Disposition type 19. Procédures de négociation d'un contrat de concession [Voir recommandation 29 et chap. III, par. 90]

Lorsqu'elle négocie un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [dispositions types 6 à 17], l'autorité contractante²⁸:

²⁵ Au lieu d'exclure la procédure de mise en compétition dans le cas visé à l'alinéa b), l'État adoptant peut envisager d'élaborer une procédure simplifiée de sollicitation de propositions, par exemple en appliquant les procédures décrites à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

²⁶ L'État adoptant voudra peut-être exiger que l'autorité contractante fasse figurer dans les actes et informations devant être conservés conformément à la [disposition type 26] un compte rendu des résultats des négociations, qu'elle indique dans quelle mesure ces résultats s'écartent du cahier des charges et des clauses contractuelles de la sollicitation initiale de propositions et qu'elle en expose les raisons.

²⁷ Les États adoptants qui jugent souhaitable d'autoriser le recours à des procédures négociées au cas par cas souhaiteront peut-être conserver l'alinéa g) lorsqu'ils appliqueront la disposition type. Les États adoptants qui souhaitent limiter les exceptions au recours à des procédures de sélection avec mise en compétition préféreront peut-être quant à eux ne pas l'inclure. Quoiqu'il en soit, l'État adoptant souhaitera peut-être, par souci de transparence, mentionner dans cet alinéa ou à un autre endroit du projet de disposition les autres exceptions éventuelles autorisant le recours à des procédures négociées qui peuvent être autorisées par des dispositions spécifiques.

²⁸ Un certain nombre d'éléments destinés à accroître la transparence dans les négociations engagées conformément à la présente disposition type sont examinés au chapitre III, "Sélection

a) Sauf pour les contrats de concession négociés conformément à [l'alinéa c) de la disposition type 18], fait publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un contrat de concession conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de toute législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis];

b) Mène des négociations avec un nombre aussi grand que possible de personnes qu'elle juge capables²⁹ d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

c) Fixe des critères d'évaluation en fonction desquels les propositions seront évaluées et classées.

4. Propositions spontanées³⁰

Disposition type 20. Admissibilité des propositions spontanées

[Voir recommandation 30 et chap. III, par. 97 à 109]

À titre d'exception aux [dispositions types 6 à 17], l'autorité contractante³¹ est autorisée à examiner des propositions spontanées conformément aux procédures prévues dans les [dispositions types 21 à 23], à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé des procédures de sélection.

Disposition type 21. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

[Voir recommandations 31 (pour les paragraphes 1 et 2) et 32 (pour le paragraphe 3) et chap. III, par. 110 à 112]

1. Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante fait savoir rapidement à son auteur si le projet est considéré ou non comme présentant un intérêt général potentiel³².

du concessionnaire", paragraphes 90 à 96 du Guide législatif.

²⁹ Les États adoptants qui souhaitent que le recours à des procédures négociées se fasse de façon plus transparente peuvent définir, au moyen de dispositions réglementaires spécifiques, des critères de qualification auxquels doivent satisfaire les personnes invitées à des négociations conformément aux [dispositions types 18 et 19]. Des critères de qualification possibles sont indiqués dans la [disposition type 7].

³⁰ Les considérations de politique générale sur les avantages et les inconvénients des propositions spontanées sont exposées au chapitre III, "Sélection du concessionnaire" paragraphes 98 à 100 du Guide législatif. Les États qui souhaitent autoriser les autorités contractantes à examiner de telles propositions voudront peut-être recourir aux procédures décrites dans les dispositions types 21 à 23.

³¹ La disposition type part du principe que c'est l'autorité contractante qui est habilitée à examiner des propositions spontanées. Toutefois, suivant la réglementation de l'État adoptant, un organe indépendant de celle-ci peut être chargé d'examiner de telles propositions ou de déterminer, par exemple, si une proposition spontanée est dans l'intérêt général. En pareil cas, l'État adoptant devrait étudier soigneusement la façon dont les fonctions d'un tel organe doivent éventuellement être coordonnées avec celles de l'autorité contractante (voir les notes 1, 3 et 24, ainsi que les références qui y sont mentionnées).

³² Pour déterminer si un projet proposé est dans l'intérêt général, il faut examiner soigneusement ses avantages potentiels pour la population ainsi que le lien entre le projet et la politique de l'État dans le secteur d'infrastructure concerné. Afin d'assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité des procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées, il

2. Si le projet est considéré comme présentant un intérêt général potentiel conformément au paragraphe 1, l'autorité contractante invite l'auteur de la proposition à lui communiquer autant d'informations sur le projet proposé qu'il est possible à ce stade pour lui permettre d'évaluer correctement les qualifications de l'auteur³³ et la faisabilité technique et économique du projet et de déterminer si le projet est susceptible d'être exécuté avec succès de la manière proposée dans des conditions acceptables par elle. À cette fin, l'auteur soumet une étude de faisabilité technique et économique, une étude d'impact sur l'environnement et des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition.

3. Lorsqu'elle examine une proposition spontanée, l'autorité contractante respecte les droits de propriété intellectuelle, les secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs qui sont contenus dans la proposition, en découlent ou y sont mentionnés. Par conséquent, elle n'utilise aucune information fournie par l'auteur ou en son nom en rapport avec sa proposition spontanée à d'autres fins que l'évaluation de cette proposition, sauf consentement de l'auteur. Sauf convention contraire des parties, l'autorité contractante, en cas de rejet de la proposition, restitue à son auteur l'original et toute copie des documents qu'il a soumis et préparés durant la procédure.

Disposition type 22. Propositions spontanées ne comportant pas de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

[Voir recommandation 33 et chap. III, par. 113 et 114]

1. À l'exception des cas prévus dans la [disposition type 18], l'autorité contractante, si elle décide d'exécuter le projet, entame une procédure de sélection conformément aux [dispositions types 6 à 17] lorsqu'elle considère que:

a) L'exécution du projet est possible sans l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont l'auteur de la proposition a la propriété ou la possession; et

b) Le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent.

2. L'auteur de la proposition est invité à participer à la procédure de sélection entamée par l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 et peut bénéficier d'une incitation ou d'un avantage similaire suivant les modalités décrites par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions en contrepartie de l'élaboration et de la soumission de la proposition.

peut être souhaitable que l'État adoptant donne, dans un règlement ou dans d'autres textes, des indications concernant les critères qui seront utilisés pour déterminer si une proposition spontanée est dans l'intérêt général, et qui pourrait comprendre des critères permettant d'évaluer l'adéquation des arrangements contractuels et le caractère raisonnable de la répartition proposée des risques.

³³ L'État adoptant voudra peut-être énoncer dans des dispositions réglementaires les critères de qualification auxquels doit satisfaire l'auteur de la proposition. Les éléments à prendre en considération à cet effet sont indiqués dans la [disposition type 7].

Disposition type 23. Propositions spontanées comportant des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

[Voir recommandations 34 (pour les paragraphes 1 et 2) et 35 (pour les paragraphes 3 et 4) et chap. III, par. 115 à 117]

1. Si l'autorité contractante considère que les conditions énoncées aux [alinéas a) et b) du paragraphe 1 de la disposition type 22] ne sont pas remplies, elle n'est pas tenue de mener une procédure de sélection conformément aux [dispositions types 6 à 17]. Elle peut néanmoins rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée conformément aux dispositions énoncées aux paragraphes 2 à 4³⁴.

2. Lorsque l'autorité contractante a l'intention de rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée, elle publie une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions dans [un délai raisonnable] [l'État adoptant indique un certain délai].

3. Si aucune proposition n'est reçue dans [un délai raisonnable] [le délai spécifié au paragraphe 2 ci-dessus] en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, l'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition originale.

4. Si l'autorité contractante reçoit des propositions en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, elle invite les auteurs de ces propositions à des négociations conformément aux dispositions énoncées dans la [disposition type 19]. Si elle reçoit un nombre suffisamment important de propositions, qui paraissent à première vue répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, l'autorité contractante demande que lui soient soumises des propositions conformément aux [dispositions types 10 à 17], sous réserve de toute incitation ou d'autre avantage dont peut bénéficier la personne ayant soumis la proposition spontanée conformément au [par. 2 de la disposition type 22].

5. Dispositions diverses

Disposition type 24. Confidentialité des négociations

[Voir recommandation 36 et chap. III, par. 118]

L'autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'autorité contractante et un soumissionnaire conformément [au paragraphe 3 de la disposition type 10, aux dispositions types 17, 18, 19 ou aux paragraphes 3 et 4 de la disposition type 23] sont confidentielles. Sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige, aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne, en dehors de ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants, des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'elle a

³⁴ L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'adopter une procédure spéciale pour l'examen des propositions spontanées entrant dans le champ d'application de la présente disposition type, en prenant éventuellement modèle, *mutatis mutandis*, sur la procédure de sollicitation de propositions décrite à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

reques concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées sans le consentement de l'autre partie.

Disposition type 25. Avis d'attribution du contrat

[Voir recommandation 37 et chap. III, par. 119]

À l'exception des contrats de concession attribués conformément à [l'alinéa c) de la disposition type 18], l'autorité contractante fait publier un avis d'attribution du contrat conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis d'attribution de contrats]. Cet avis désigne le concessionnaire et comporte un résumé des principales clauses du contrat de concession.

Disposition type 26. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

[Voir recommandation 38 et chap. III, par. 120 à 126]

L'autorité contractante conserve dûment les informations liées aux procédures de sélection et d'attribution conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conservation des actes et informations liés aux procédures de passation]³⁵.

Disposition type 27. Procédures de recours

[Voir recommandation 39 et chap. III, par. 127 à 131]

Un soumissionnaire qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la loi à l'autorité contractante peut introduire un recours contre les actes ou omissions de l'autorité contractante conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les recours contre les décisions prises dans le cadre des procédures de passation]³⁶.

III. Construction et exploitation de l'infrastructure

Disposition type 28. Contenu du contrat de concession

[Voir recommandation 40 et chap. IV, par. 1 à 11]

Le contrat de concession comporte des dispositions sur des questions que les parties estiment appropriées, telles que:

³⁵ La nature des informations à conserver pour les différents types de procédures d'attribution envisagés dans les dispositions types, ainsi que la mesure dans laquelle ces informations peuvent être accessibles au public, sont examinées au chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphes 120 à 126 du Guide législatif. Les éléments d'information à conserver sont également indiqués à l'article 11 de la Loi type sur la passation des marchés. Si ces questions ne sont pas traitées de façon adéquate par la législation de l'État adoptant, celui-ci devrait adopter les dispositions législatives ou réglementaires nécessaires.

³⁶ Les éléments d'un mécanisme de recours adéquat sont examinés au chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphes 127 à 131 du Guide législatif. Ils figurent également au chapitre VI de la Loi type sur la passation des marchés. Si sa législation ne prévoit pas de mécanisme de recours adéquat, l'État adoptant devrait envisager de faire en sorte qu'elle établisse un tel mécanisme.

- a) La nature et la portée des travaux devant être réalisés et des services devant être fournis par le concessionnaire [voir chap. IV, par. 1];
- b) Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du concessionnaire découlant du contrat de concession [voir recommandation 5];
- c) L'assistance que l'autorité contractante peut fournir au concessionnaire pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure;
- d) Toutes prescriptions relatives à la constitution d'une personne morale et à son capital minimum conformément à la [disposition type 30] [voir recommandations 42 et 43 et disposition type 30];
- e) La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux [dispositions types 31 à 33] [voir recommandations 44 et 45 et dispositions types 31 à 33];
- f) La rémunération du concessionnaire, qu'elle consiste en des redevances ou en des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de telles redevances ou de tels droits; et les versements éventuels pouvant être faits par l'autorité contractante ou une autre autorité publique [voir recommandations 46 et 48];
- g) Les procédures d'examen et d'approbation des études techniques, plans et spécifications par l'autorité contractante et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage [voir recommandation 52];
- h) L'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective de ce service, sa continuité et sa fourniture dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers [voir recommandation 53 et projet de disposition type 38];
- i) Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux devant être réalisés et les services devant être fournis par le concessionnaire et les conditions auxquelles ainsi que la mesure dans laquelle l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent 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 [voir recommandations 52 et 54, al. b)];
- j) 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 [voir recommandation 54, al. a)];
- k) Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en liaison avec les alinéas h) et i) ci-dessus, y compris toute indemnité à laquelle le concessionnaire pourrait avoir droit [voir chap. IV, par. 73 à 76];

l) Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui [voir recommandation 56];

m) Les garanties de bonne exécution que le concessionnaire est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure [voir recommandation 58, al. a) et b)];

n) Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie [voir recommandation 58, al. e)];

o) 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 le contrat de concession en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable [voir recommandation 58, al. d)];

p) La durée du contrat de concession et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation [voir recommandation 61];

q) Les modalités de calcul de l'indemnité en application de la [disposition type 47] [voir recommandation 67];

r) Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends pouvant surgir entre l'autorité contractante et le concessionnaire [voir recommandation 69 et disposition type 49].

Disposition type 29. Droit applicable

[Voir recommandation 41 et chap. IV, par. 5 à 8]

Le contrat de concession est régi par la loi du présent État sauf stipulation contraire du contrat de concession³⁷.

Disposition type 30. Organisation du concessionnaire

[Voir recommandations 42 et 43 et chap. IV, par. 12 à 18]

L'autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois du [présent État], à condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de proposition, selon le cas. Toute prescription relative au capital minimum d'une telle personne morale ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes desdits statuts sont énoncées dans le contrat de concession.

³⁷ Les systèmes juridiques apportent diverses réponses à la question de savoir si les parties à un contrat de concession peuvent choisir comme droit applicable au contrat un droit autre que celui du pays hôte. En outre, comme cela est indiqué dans le Guide législatif (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 5 à 8), dans certains pays le contrat de concession peut être soumis au droit administratif, tandis que dans d'autres il sera régi par le droit privé (voir aussi Guide législatif, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 24 à 27). Le droit applicable comprend également les règles 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 Guide législatif, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", sect. B).

Disposition type 31. Propriété des biens³⁸

[Voir recommandation 44 et chap. IV, par. 20 à 26]

Le contrat de concession précise, selon qu'il convient, les biens qui sont ou seront la propriété de l'État et ceux qui sont ou seront la propriété privée du concessionnaire. Il indique en particulier ceux qui appartiennent aux catégories suivantes:

- a) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire est tenu de restituer ou transférer à l'autorité contractante ou à une autre entité indiquée par celle-ci conformément aux clauses du contrat de concession;
- b) Les biens, le cas échéant, que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au concessionnaire; et
- c) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire peut conserver ou dont il peut disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de concession.

Disposition type 32. Acquisition de droits relatifs au site du projet

[Voir recommandation 45 et chap. IV, par. 27 à 29]

1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses du contrat de concession met à la disposition du concessionnaire ou, selon qu'il convient, aide le concessionnaire à acquérir les droits relatifs au site du projet, y compris le titre de propriété du site, nécessaires à l'exécution du projet.

2. Toute expropriation de terrain pouvant être requise pour l'exécution du projet est effectuée conformément à [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent l'expropriation de biens privés par les autorités publiques pour des motifs d'intérêt général].

³⁸ 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 (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 47 à 53). Ces options générales déterminent habituellement l'approche législative de la propriété des biens liés au projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 20 à 26). Quelles que soient la politique générale ou la politique sectorielle du pays hôte, le régime de propriété des divers biens en question devrait être clairement défini et avoir une assise législative suffisante. La clarté à cet égard est importante, car elle influera directement sur l'aptitude du concessionnaire à constituer des sûretés sur les biens du projet pour obtenir un financement de ce dernier (ibid., par. 52 à 61). Conformément à l'approche souple adoptée par divers systèmes juridiques, la disposition type n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante, mais permet de faire une distinction entre les biens qui doivent être transférés à cette dernière, les biens qu'elle peut acheter si elle le souhaite, et les biens qui restent la propriété privée du concessionnaire à l'expiration ou lors de la résiliation du contrat de concession ou à tout autre moment.

Disposition type 33. Servitudes³⁹

[Voir recommandation 45 et chap. IV, par. 30]

Le concessionnaire [a le droit] [se voit accorder le droit] de pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à [l'État adoptant indique les dispositions de son droit qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient ses entreprises de service public et exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois].

Disposition type 34. Arrangements financiers

[Voir recommandations 46 et 47 et chap. IV, par. 33 à 51]

Le concessionnaire a le droit de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit. L'accord de concession prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits [conformément aux règles établies par l'organisme de réglementation compétent]⁴⁰.

Disposition type 35. Sûretés

[Voir recommandation 49 et chap. IV, par. 52 à 61]

1. Sous réserve de restrictions pouvant être indiquées dans le contrat de concession⁴¹, le concessionnaire a le droit de constituer, sur l'un quelconque de ses biens ou droits, y compris sur ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, y compris, en particulier, les suivantes:

³⁹ Le droit de traverser une propriété adjacente à des fins liées au projet ou pour y effectuer des travaux peut être acquis par le concessionnaire directement ou d'office par une autorité publique en même temps que le site du projet. Une solution quelque peu différente pourrait être 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 (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 30 à 32). La variante proposée dans la première série de crochets, dans la disposition type, vise à refléter ces options.

⁴⁰ Les péages, droits ou autres sommes perçus par le concessionnaire, désignés dans le Guide législatif par le terme "redevances" peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60). Le coût auquel les services publics sont fournis constitue 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" (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 36 à 46).

⁴¹ Ces restrictions peuvent, en particulier, concerner l'exécution de droits relatifs aux biens du projet d'infrastructure.

a) Sûreté sur les biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet;

b) Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

2. Les actionnaires du concessionnaire ont le droit de nantir les actions qu'ils obtiennent de la société concessionnaire ou de constituer sur elles toute autre sûreté;

3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela est interdit par la loi du [présent État].

Disposition type 36. Cession du contrat de concession

[Voir recommandation 50 et chap. IV, par. 62 et 63]

Sauf disposition contraire dans la [disposition type 35], les droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession ne peuvent être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions auxquelles l'autorité contractante donne son consentement à une cession des droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de ce contrat et la production par lui de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service.

Disposition type 37. Transfert d'un intérêt majoritaire⁴² dans la société concessionnaire

[Voir recommandation 51 et chap. IV, par. 64 à 68]

Sauf disposition contraire du contrat de concession, un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire ne peut être transféré à des tiers sans l'assentiment de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions dans lesquelles cet assentiment est donné.

Disposition type 38. Exploitation de l'infrastructure

[Voir recommandation 53 et chap. IV, par. 80 à 93 (pour le paragraphe 1) et recommandation 55 et chap. IV, par. 96 et 97 (pour le paragraphe 2)]

1. Le contrat de concession énonce, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

a) La modification du service afin de répondre à la demande de ce service;

⁴² La notion d'"intérêt majoritaire" fait généralement référence au pouvoir de nommer la direction d'une société et d'influencer ou de déterminer son activité. Différents critères peuvent être utilisés dans divers systèmes juridiques ou même dans différents corps de règles au sein du même système, allant de critères formels attribuant un intérêt majoritaire au propriétaire d'une certaine proportion (le plus souvent plus de 50 %) du nombre total combiné de voix attribuées à toutes les catégories d'actions d'une société à des critères plus complexes tenant compte de la structure de direction effective d'une société. Les États adoptants qui n'ont pas de définition réglementaire d'"intérêt majoritaire" peuvent avoir besoin de définir ce terme dans des règlements d'application de la disposition type.

- b) La continuité du service;
- c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques pour 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.

2. Le concessionnaire a 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.

Disposition type 39. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation

[Voir recommandation 58, al. c) et chap. IV, par. 122 à 125]

Le contrat de concession énonce la mesure dans laquelle le concessionnaire a droit à une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de changements dans la législation ou la réglementation spécifiquement applicable à l'ouvrage ou au service qu'il fournit.

Disposition type 40. Révision du contrat de concession

[Voir recommandation 58, al. c) et chap. IV, par. 126 à 130]

1. Sans préjudice de [la *disposition type 39*], le contrat de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de:

- a) Changements dans la situation économique ou financière; ou
- b) Changements apportés à la législation ou à la réglementation non spécifiquement applicable à l'ouvrage ou aux services qu'il fournit;

à condition que ces changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire:

- a) Surviennent après la conclusion du contrat;
- b) Soient indépendants de la volonté du concessionnaire; et
- c) Soient de nature telle qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire les ait pris en considération lors de la négociation du contrat de concession ou en ait évité ou surmonté les conséquences.

2. Le contrat de concession établit des procédures de révision des clauses qu'il contient en cas de tels changements.

Disposition type 41. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante

[Voir recommandation 59 et chap. IV, par. 143 à 146]

Dans les cas prévus par le contrat de concession, l'autorité contractante a le droit d'assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions dans le cas où le concessionnaire aurait gravement manqué à ses obligations et n'aurait pas remédié à ce manquement dans un délai raisonnable après avoir été mis en demeure de le faire par elle.

Disposition type 42. Substitution de concessionnaire

[Voir recommandation 60 et chap. IV, par. 147 à 150]

L'autorité contractante peut convenir avec les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure de substituer au concessionnaire une nouvelle entité ou personne désignée pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de concession en vigueur en cas de manquement grave du concessionnaire initial ou de survenance d'autres événements pouvant, autrement, justifier la résiliation du contrat ou encore dans d'autres cas similaires⁴³.

IV. Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession**1. Durée et prorogation du contrat de concession****Disposition type 43. Durée et prorogation du contrat de concession**

[Voir recommandation 62 et chap. V, par. 2 à 8]

1. La durée du contrat de concession, telle que stipulée conformément à [l'alinéa p) de la disposition type 28], n'est pas prorogée sauf à la suite des événements 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; ou
- c) [Autres événements spécifiés par l'État adoptant.]⁴⁴

2. La durée du contrat de concession peut par ailleurs être prorogée pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des

⁴³ La substitution, au concessionnaire, d'une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante suivant les conditions convenues entre eux, vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation du contrat de concession (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 147 à 150). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière échelonnée, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société concessionnaire par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante.

⁴⁴ L'État adoptant voudra peut-être envisager la possibilité d'autoriser une prorogation par accord consensuel du contrat de concession conformément aux clauses de ce contrat pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans le contrat, si le concessionnaire n'est pas en mesure de les amortir pendant la durée initiale.

2. Résiliation du contrat de concession

Disposition type 44. Résiliation du contrat de concession par l'autorité contractante

[Voir recommandation 63 et chap. V, par. 14 à 27]

L'autorité contractante peut résilier le contrat de concession:

- 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 [impérieuses]⁴⁵ d'intérêt général, sous réserve du versement au concessionnaire d'une indemnité selon les conditions convenues dans le contrat de concession;
- c) [Autres cas que l'État adoptant souhaiterait peut-être ajouter dans la Loi.]

Disposition type 45. Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire

[Voir recommandation 64 et chap. V, par. 28 à 33]

Le concessionnaire ne peut résilier le contrat de concession sauf:

- a) En cas de manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu du contrat de concession;
- b) Si les conditions de révision du contrat de concession prévues dans [le paragraphe 1 de la disposition type 40] sont réunies mais les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une telle révision; ou
- c) Si, pour l'exécution du contrat de concession, le concessionnaire a engagé des dépenses substantiellement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible du fait d'actes ou d'omissions de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques tels que ceux visés [aux alinéas h) et i) de la disposition type 28] et les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une révision du contrat de concession.

Disposition type 46. Résiliation du contrat de concession par l'une ou l'autre partie

[Voir recommandation 65 et chap. V, par. 34 et 35]

L'une ou l'autre partie a le droit de résilier le contrat de concession lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties ont en outre le droit de résilier le contrat par consentement mutuel.

⁴⁵ [Un certain nombre de situations où une raison impérieuse d'intérêt général peut se manifester sont examinées au paragraphe 27 du chapitre V du Guide législatif intitulé "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"].

3. Arrangements lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession

Disposition type 47. Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession

[Voir recommandation 67 et chap. V, par. 43 à 49]

Le contrat de concession spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation du contrat, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application du contrat, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner.

Disposition type 48. Liquidation et mesures de transfert

[Voir recommandation 66 et chap. V, par. 37 à 42 (pour l'alinéa a)) et recommandation 68 et chap. V, par. 50 à 62 (pour les alinéas b) à d))]

Le contrat de concession énonce, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

- a) Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l'autorité contractante, selon qu'il convient;
- b) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;
- c) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;
- d) La fourniture, par le concessionnaire, de services et de ressources d'appui sans interruption, y compris 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.

V. Règlement des différends

Disposition type 49. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

[Voir recommandation 69 et chap. VI, par. 3 à 41]

Tout différend entre l'autorité contractante et le concessionnaire est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans le contrat de concession⁴⁶.

Disposition type 50. Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage

[Voir recommandation 71 et chap. VI, par. 43 à 45]

Lorsque le concessionnaire fournit des services à la population ou exploite des ouvrages accessibles à la population, l'autorité contractante peut exiger de lui qu'il établisse des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant de ses clients ou d'usagers de l'ouvrage.

⁴⁶ L'État adoptant peut prévoir dans sa législation des mécanismes de règlement des différends qui soient les mieux adaptés aux besoins des projets d'infrastructure à financement privé.

Disposition type 51. Autres différends

[*Voir recommandation 70 et chap. VI, par. 42*]

1. Le concessionnaire et ses actionnaires sont libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler leurs différends.
 2. Le concessionnaire est libre de convenir des mécanismes appropriés pour régler les différends entre lui et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.
-