



Assemblée générale

Distr.
GÉNÉRALE

A/CN.9/438/Add.2
19 décembre 1996
FRANÇAIS
ORIGINAL : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trentième session
Vienne, 12 - 30 mai 1997

PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

Guide de la législation des projets d'infrastructure à financement privé : projet de chapitres

Rapport du Secrétaire général

Additif

Chapitre II : PARTIES AUX PROJETS ET PHASES D'EXÉCUTION

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
A. Généralités	1	3
B. Secteur privé et infrastructures publiques	2-6	3
C. Financement sur projet	7-10	4
D. Parties au projet	11-30	5
1. Gouvernement du pays d'implantation	11-14	5
2. Promoteurs et société chargée du projet	15-18	6
3. Bailleurs de fonds et institutions financières internationales	19-21	7
4. Autres sources de capitaux	22-23	8
5. Entreprises de construction et fournisseurs	24-25	8
6. Sociétés d'exploitation et de maintenance	26-29	9
7. Assureurs	30	9

E. Phases d'exécution	31-47	10
1. Définition du projet	32-34	10
2. Sélection des promoteurs	35-37	11
3. Phase de préparation de l'exécution	38-39	12
4. Phase de construction	40-42	12
5. Phase d'exploitation	43-45	13
6. Expiration de l'accord de projet	46-47	14

A. Généralités

1. Les parties ci-après traitent de questions de base telles que la participation du secteur privé aux projets d'infrastructures publiques et le financement sur projet. Y sont également présentées les diverses parties concernées par le financement de ces projets à l'aide de capitaux privés, avec indication de leurs intérêts respectifs. Enfin, l'on y expose brièvement les différentes phases d'exécution. Il s'agit là d'un aperçu général des questions qui seront étudiées sous l'angle juridique dans les chapitres suivants du Guide.

B. Secteur privé et infrastructures publiques

2. C'est habituellement l'État, ou un organisme jouissant d'un statut spécial en droit national, qui se charge de construire et d'exploiter des infrastructures qui sont utilisées par le public ou qui fournissent à celui-ci certains produits. Les organismes qui exploitent des infrastructures publiques sont souvent considérés comme étant fournisseurs de "services publics" ou d'"équipements collectifs"; il est à noter toutefois que ces termes ne recouvrent pas la même réalité d'un pays à l'autre et que leur définition a évolué dans le temps. Alors que, dans certains pays, la plupart des infrastructures relèvent essentiellement du secteur public, dans d'autres, des organismes privés sont autorisés à investir dans des infrastructures ayant rapport avec certains services publics ou équipements collectifs. Dans ce dernier cas, l'investissement privé est parfois sujet à l'accord de l'État, sous forme de licence, de franchise ou de concession.

3. Dans nombre de pays, le secteur privé a, au XIXe siècle, considérablement investi dans les infrastructures et les services publics, aux termes de diverses concessions. C'est ainsi qu'une bonne partie des chemins de fer et des réseaux de distribution d'électricité et de télécommunication ont été à l'origine mis en place par le privé. Dans certains pays, les concessionnaires jouissaient du droit exclusif de construire et d'exploiter des infrastructures et de décider des modalités de leur utilisation par le public; dans d'autre, l'État conservait un certain pouvoir réglementaire.

4. Au XXe siècle, en revanche, l'investissement privé dans ce type d'infrastructure a accusé un net recul, l'exécution de grands projets étant entreprise par des organismes publics et financée par la dette publique, sous forme d'emprunts auprès de banques nationales ou étrangères ou encore d'institutions financières. Dans certains pays, la notion de service public ou d'équipement collectif s'est parallèlement étendue à des activités qui relevaient jusque là du secteur privé. Des organismes publics jouissant d'un statut spécial ont été créés, auxquels ont été accordées des concessions d'exclusivité dans certains territoires.

5. Cette situation s'est inversée au cours des dernières années. En effet, en raison des difficultés d'ordre budgétaire et financier auxquelles l'État doit faire face, tant dans les pays développés que dans les pays en développement, il a parfois été nécessaire d'envisager d'autres moyens de financer des projets d'infrastructure, pour lesquels la demande est de plus en plus forte. C'est ainsi que l'on fait aujourd'hui toujours davantage appel au secteur privé pour financer la mise en place d'infrastructures publiques et que, dans certains pays, ce type de financement fait partie intégrante des programmes de modernisation ou d'extension des infrastructures. Diverses modalités ont été mises au point à cet effet, qui couvrent des situations très diverses, allant de la construction

d'infrastructures par une société privée à laquelle un droit d'exploitation est concédé pour une période donnée à la propriété pleine et entière de l'infrastructure par ladite société.

6. Du fait de leur envergure, des modalités complexes de leur financement et du nombre élevé des parties intéressées, les projets d'infrastructure modernes sont autrement complexes que ceux ordinairement financés par le secteur privé. Le financement privé de ces grands projets prend en général la forme d'un "financement sur projet", modalité dont les grandes lignes sont exposées ci-dessous.

C. Financement sur projet

7. Aux termes du financement sur projet, le remboursement des emprunts contractés est essentiellement assuré par les recettes dégagées par le projet même, et non par des garanties données ou obtenues par les promoteurs. À cette fin, l'actif et les recettes du projet, ainsi que les droits et obligations se rapportant à ce dernier, sont estimés en propre et maintenus rigoureusement distincts des actifs des promoteurs. Dans la mesure où ceux-ci ne fournissent guère de garantie ou de nantissement, le financement sur projet est un financement "sans recours" ou "à droit de recours limité".

8. Les capitaux d'emprunt constituent généralement la principale source de financement des projets au titre de cette modalité. Ils sont obtenus sur le marché financier, essentiellement sous forme d'emprunts consentis aux promoteurs ou à la société chargée du projet par des banques commerciales. Ces dernières ont pour cela recours à des fonds déposés auprès d'elles à court ou moyen terme, fonds qu'elles rémunèrent à des taux d'intérêt variables. Il en résulte que les prêts qu'elles consentent sont eux aussi à taux variables et viennent à échéance avant que le projet soit achevé. Le risque est donc pour elles plus élevé que s'il s'agissait de prêts garantis selon les procédures usuelles, et encore plus lorsque la valeur du bien matériel en question (une route, un pont, un tunnel) ne suffit pas à couvrir la totalité du coût financier du projet, faute de "marché" où il pourrait être réalisé. Les banques commerciales sont donc peu enclines à engager les fortes sommes requises pour ces projets avec pour seule garantie le flux de trésorerie escompté ou l'actif propre du projet. De fait, ces projets sont souvent financés selon des modalités qui, tout en reposant essentiellement sur ces deux éléments, avec droit de recours auprès de la société chargée du projet, permettent de limiter les risques grâce à des garanties auxiliaires et à d'autres moyens de protection fournis par les autorités du pays d'implantation, les promoteurs du projet, les acquéreurs ou des tiers intéressés.

9. Outre des fonds d'emprunt, les projets d'infrastructure peuvent être financés par participation au capital, en premier lieu par les promoteurs ou par des investisseurs désireux d'acquérir des parts de la société chargée du projet. Il est à noter toutefois que ces capitaux ne couvrent qu'une partie des coûts du projet. Pour obtenir des prêts aux conditions du marché, ou pour accéder à d'autres sources de financement leur permettant de couvrir les besoins de capitaux, les promoteurs et autres investisseurs sont tenus d'assurer prioritairement le remboursement des sommes qui leur ont été prêtées et donc d'accepter de ne rentrer dans leurs frais qu'une fois ces remboursements effectués. Ce sont donc eux qui assument les plus hauts risques financiers. En contrepartie, ce sont eux qui engrangeront les plus grands bénéfices une fois leur investissement initial amorti.

10. Des moyens financiers peuvent être aussi obtenus en associant à la prise de participation au capital des fonds d'investissement et autres "investisseurs institutionnels", tels que des compagnies d'assurance, des fonds communs

de placement ou des fonds de pension. Ces institutions disposent normalement de fortes sommes qu'elles peuvent placer sur le long terme et constituent ainsi une source non négligeable de capitaux complémentaires. Ces derniers pourront être fournis sous forme de prêts ou de prise de participation par le biais de fonds d'investissement. D'une manière générale, les investisseurs institutionnels ne sont pas intéressés par les autres aspects de la mise en place des infrastructures, ni par leur exploitation. Ils n'acceptent le risque encouru qu'en raison de la rémunération escomptée et de l'intérêt, pour eux, de diversifier leurs investissements.

D. Parties au projet

1. Gouvernement du pays d'implantation

11. Un certain nombre de facteurs font que le gouvernement du pays d'implantation a un rôle crucial à jouer dans l'exécution des projets d'infrastructure financés à l'aide de capitaux privés. C'est lui qui définit normalement le projet en fonction de ses orientations en matière de développement des infrastructures, en formule les prescriptions techniques et engage la procédure qui aboutit à la sélection des promoteurs. De plus, et tant que dure le projet, il peut être amené, notamment sur les plans législatif, administratif, réglementaire, voire financier, à fournir un appui destiné à assurer la réussite du projet, tant au niveau des travaux que de l'exploitation. Enfin, lorsqu'il s'agit d'un projet de type "construction-exploitation-transfert", c'est l'État qui devient en dernier ressort propriétaire de l'infrastructure.

12. Il est donc normal que les pouvoirs publics veillent à la bonne exécution du projet et s'assurent que les travaux se déroulent conformément aux prescriptions techniques. Il arrive souvent, en conséquence, que la législation définisse d'assez près les attributions de l'État en matière de contrôle de l'exécution du projet et de l'exploitation des infrastructures. Dans la mesure où ce contrôle associe des responsables de divers ministères et administrations, ce qui exige une certaine coordination, certains pays estiment utile de désigner un organisme, un comité ou un responsable chargé de coordonner toutes les procédures de contrôle en rapport avec le projet.

13. L'État a également intérêt à ce que les infrastructures qui lui seront livrées soient de qualité et contribuent - dans la mesure où elles fournissent des produits (électricité, gaz) et des services (traitement des eaux, élimination des déchets) ou facilitent les transports et les échanges (ports, routes, tunnels) - à la prospérité du pays. En outre, le Gouvernement peut être intéressé par la création d'emplois destinés à la main-d'oeuvre locale ou encore par l'obtention de technologies de pointe. Ces objectifs sous-tendent souvent les dispositions législatives se rapportant au transfert de technologie ou à la préférence à accorder aux entreprises s'engageant à faire appel à de la main-d'oeuvre locale.

14. Le Gouvernement souhaitera peut-être aussi obtenir que les infrastructures publiques soient gérées de façon plus efficace, les sociétés privées étant censées assurer une meilleure rentabilité des infrastructures que les entreprises publiques. Toutefois, dans la mesure où il est en dernier recours responsable du projet devant la nation, il vaudra veiller à ce que l'infrastructure soit exploitée de manière conforme aux orientations décidées pour le secteur visé. Il attachera un intérêt particulier aux questions qui touchent directement le public, telles que la qualité des services et les prix. Il peut donc souhaiter conserver le droit d'exercer un certain contrôle sur l'exploitation des infrastructures et désignera parfois un organisme de tutelle à cet effet.

2. Promoteurs et société chargée du projet

15. Le gros des investissements - en ce qui concerne les fonds, le matériel et la main-d'oeuvre - porte sur les travaux de construction, d'extension ou de rénovation de l'infrastructure. Parmi les promoteurs figurent donc généralement des entreprises de construction ou des bureaux d'études, ainsi que des fournisseurs d'équipements lourds, qui souhaitent devenir maîtres d'oeuvre ou fournisseurs en titre du projet. Ces sociétés participent très activement à la mise au point du projet dès la phase initiale et leur aptitude à coopérer entre elles et à s'assurer des partenaires solides est capitale au regard de la bonne exécution du projet dans les délais prescrits. Toutefois, en raison même de la nature de leurs activités, elles hésitent parfois à s'engager dans une prise de participation à long terme. Elles cherchent donc souvent à faire intervenir également une société spécialisée dans l'exploitation et la maintenance d'infrastructures du type de celle envisagée. L'État peut avoir intérêt à favoriser la présence d'une société de ce genre, dans la mesure où elle garantit que les critères de faisabilité technique et de viabilité financière du projet sont pris en compte au-delà de la phase de travaux.

16. Du point de vue des promoteurs, il importe que le rendement des capitaux investis soit à la hauteur des risques encourus. Outre les aspects commerciaux - tels que le montant des recettes qu'ils escomptent dégager de l'exploitation - les promoteurs fondent en grande partie leur décision sur le degré de protection que la loi accorde aux investissements. Ils voudront en particulier s'assurer qu'ils ne courent pas le risque de se voir spoliés ou dépossédés, qu'ils pourront transférer en devises les recettes obtenues en monnaie locale et qu'ils pourront rapatrier ou transférer à l'étranger leurs bénéfices et leur investissement résiduel à l'expiration du projet. Ils souhaiteront donc peut-être recevoir de l'État des assurances dans ce sens.

17. Le souci de limiter leur responsabilité à hauteur de leur participation au capital conduit normalement les promoteurs à créer une société à responsabilité limitée (par exemple, une société anonyme) ayant une personnalité juridique, un actif et une gestion propres, dont l'objet est l'exécution du projet. Il arrive que parmi les actionnaires de cette société figurent des investisseurs indépendants ayant pris une participation au capital mais n'étant pas intéressés par d'autres aspects du projet : il s'agit en général d'investisseurs institutionnels, de banques d'investissement, d'institutions de financement bilatéral ou multilatéral, voire de l'État même ou d'une entreprise publique. La législation exige parfois la participation d'investisseurs privés du pays d'implantation.

18. La société chargée du projet est globalement responsable de ce dernier et décide d'un certain nombre d'arrangements contractuels avec les entreprises de construction, les fournisseurs de matériel, la société d'exploitation et de maintenance et toute autre entreprise concernée, en fonction des besoins d'exécution du projet. C'est elle qui, normalement, se charge de réunir les fonds qui devront compléter ceux mobilisés par la prise de participation des promoteurs au capital.

3. Bailleurs de fonds et institutions financières internationales

19. Étant donné l'importance des sommes requises pour financer ce type de projet, les prêts prennent souvent la forme de prêts consortiaux, une ou plusieurs banques jouant le rôle de chef de file et négociant les contrats de crédit au nom des autres institutions financières, essentiellement des banques commerciales. Ces dernières, fortes de leur grande expérience en matière de financement sur projet, mettent normalement au point, en collaboration avec les

promoteurs, des instruments adaptés aux besoins du projet en question. Elles sont sensibles à la nécessité de préserver la capacité de paiement de la société chargée du projet et font souvent preuve de flexibilité lorsqu'il s'agit de proroger les échéances ou de renégocier les termes du contrat. En revanche, elles veillent à limiter le plus possible leurs risques au cas où il serait mis un terme au projet ou s'il surgissait des complications d'ordre commercial, politique ou autre.

20. Avant de décider de financer un projet, les bailleurs de fonds en examinent généralement minutieusement les hypothèses économiques et financières afin de s'assurer de sa faisabilité et de sa viabilité commerciale. Ils prendront donc des dispositions pour limiter autant que possible le risque de défaut de paiement. Ils jugent en particulier que la dette contractée auprès des banques commerciales doit être remboursée prioritairement et avant tout autre type de financement, c'est-à-dire avant que des sommes ne soient reversées à d'autres créanciers et avant que des dividendes ne soient distribués aux actionnaires ou aux promoteurs du projet. Elles exigent aussi des garanties sous forme d'hypothèques, des garanties fixes ou fluctuantes sur l'ensemble des biens du projet, la mobilisation de créances découlant de l'exploitation de l'infrastructure, le dépôt automatique d'une partie de ces produits sur un compte bloqué (souvent ailleurs que dans le pays d'implantation), des garanties de l'État, ou encore la possibilité de nommer un substitut si la société chargée du projet venait à manquer, volontairement ou non, à ses obligations. Plus la législation du pays d'implantation protège les investissements, plus il y a de chances que le projet soit financé à des conditions favorables. On trouvera exposé au chapitre VI, relatif à l'accord de projet, le rôle que celle-ci peut jouer à cet égard.

21. Les institutions financières internationales et les organismes de crédit à l'exportation ont aussi un rôle important à jouer dans le financement privé de projets d'infrastructure. C'est ainsi que la Banque mondiale, la Société financière internationale ou encore des banques régionales de développement ont participé au financement de ce type de projets. Une telle participation rend plus aisée la mobilisation de fonds par les promoteurs sur les marchés financiers, dans la mesure où elle protège les banques commerciales d'une série de risques d'ordre politique, notamment au cas où l'État cesserait d'effectuer les paiements convenus, de mettre à leur disposition les devises requises ou d'accorder les autorisations réglementaires. Les institutions financières internationales jouent aussi un rôle décisif dans la formation des consortiums qui consentiront les prêts nécessaires. Certaines d'entre elles disposent de programmes de prêts au titre desquels elles deviennent le seul prêteur officiel du projet, agissant pour leur propre compte aussi bien que pour celui des banques participantes et se chargeant d'acheminer les décaissements effectués par les participants ainsi que de percevoir et répartir les remboursements effectués par l'emprunteur.

4. Autres sources de capitaux

22. Outre les banques commerciales et les institutions financières internationales, les "investisseurs institutionnels" - compagnies d'assurance, fonds communs de placement, fonds de pensions ou encore fonds d'investissement - peuvent aussi amener des capitaux pour les projets d'infrastructure. Ces investissements se font généralement à la condition que le remboursement du principal et des intérêts ou le versement de dividendes s'effectue de manière prioritaire, c'est-à-dire avant que des dividendes ne soient distribués aux promoteurs et aux autres actionnaires de la société chargée du projet. Il est fréquent que les investisseurs institutionnels demandent à être périodiquement informés au moyen de rapports et états financiers. Ceux qui détiennent des actions ou

obligations privilégiées jouissent des autres droits que leur accorde la législation du pays où la société chargée du projet a son siège social ou de celui où ces actions et obligations ont été émises. Parmi ces droits figurent le droit de se faire collectivement représenter par un mandataire, le droit d'être consulté et de se prononcer en cas de modification des statuts de la société chargée du projet et un droit de privilège sur les sommes distribuables au moment de la liquidation.

23. Les institutions financières islamiques constituent aussi une source potentielle de capitaux. Ces organismes sont gérés selon les principes du droit islamique, en vertu duquel, notamment, ils s'abstiennent de percevoir des intérêts. La rémunération des prêts prend donc d'autres formes, telles qu'une participation aux bénéfices ou une participation directe au résultat des transactions du client. De ce fait, les institutions financières islamiques sont, plus que les banques commerciales, disposées à envisager une prise de participation directe ou indirecte à un projet. En revanche, elles accordent une grande importance à la possibilité d'examiner les hypothèses économiques et financières du projet et suivent de près toutes les phases d'exécution.

5. Entreprises de construction et fournisseurs

24. Il arrive souvent qu'une au moins des entreprises ayant passé marché avec la société chargée du projet en vue de la construction de l'infrastructure ou la fourniture de matériel soit également promoteur du projet.

25. Les entreprises de construction se chargent généralement des études techniques et de la construction à proprement parler de l'infrastructure jusqu'à la fin des travaux. Elles tiennent essentiellement à ce que les délais soient respectés et que les coûts estimatifs ne soient pas dépassés. Elles souhaitent donc s'assurer qu'elles disposeront de tout ce dont elles auront besoin (ciment, carburants, acier, électricité, eau, etc.) et qu'elles seront autorisées à importer tous les équipements et matériels qu'elles ne pourraient se procurer sur place. Elles voudront également avoir la possibilité de recruter, localement tout comme sur le plan international, le personnel de leur choix. Tout comme la société chargée du projet, les entreprises de construction compteront pouvoir convertir en devises et transférer à l'étranger les recettes obtenues en monnaie locale.

6. Sociétés d'exploitation et de maintenance

26. De toutes les entreprises avec lesquelles la société chargée du projet passe marché, les compagnies chargées de l'exploitation et de la maintenance sont celles dont la participation au projet est la plus longue. La société d'exploitation se trouve dans une situation exceptionnelle en ce sens qu'elle est en relation directe avec le public et que ses opérations l'exposent au regard critique de ce dernier. Elle porte donc sur la viabilité économique et financière du projet et sur sa rentabilité un regard qui diffère de celui des autres promoteurs. Il peut en conséquence être utile de la consulter dès la phase initiale du projet.

27. Les modes de rémunération de ces sociétés sont divers et peuvent aller du versement d'une somme forfaitaire à un montant calculé sur la base du prix coûtant majoré soit d'un montant forfaitaire, soit d'un pourcentage sur les coûts, soit d'une participation aux recettes. Il est courant d'associer plusieurs de ces modalités. La société chargée

du projet se réserve généralement un certain droit de regard sur l'exploitation de l'infrastructure (notamment par le biais d'audits et d'examen des coûts) afin de s'assurer que les frais d'exploitation ne s'éloignent guère des prévisions initiales. Lorsque le remboursement des frais est soumis à un plafond, la société d'exploitation a elle aussi intérêt à les maintenir au plus bas.

28. Les sociétés d'exploitation et de maintenance sont normalement censées respecter des normes de qualité conformes à divers principes énoncés notamment dans les textes réglementaires, l'accord de projet, le contrat d'exploitation et de maintenance, les directives établies par l'organisme de tutelle, ou encore la législation du travail ou les textes régissant la protection de l'environnement. Elles sont donc habituellement tenues de fournir des garanties de bon fonctionnement ou un cautionnement et de souscrire à une police d'assurance adéquate, qui couvre notamment les dommages, les accidents du travail, les dégâts causés à l'environnement et la responsabilité civile.

29. Les sociétés d'exploitation et de maintenance devront disposer de directives et règles de fonctionnement précises et chercheront à obtenir de la société chargée du projet les assurances qu'elle pourront s'acquitter de leurs tâches sans ingérence extérieure indue. Des litiges entre elles et les pouvoirs publics risquent de surgir lorsque de nouvelles lois ou réglementations viennent à être adoptées qui imposent des normes d'exploitation plus strictes ou encore lorsque les pouvoirs publics exercent leur droit de regard.

7. Assureurs

30. Les projets d'infrastructures à financement privé comportent une série de risques liés à la construction et à l'exploitation qui dépassent parfois les capacités de couverture de la société chargée du projet, de l'État, des bailleurs de fonds ou des entreprises liées au projet. Il est donc indispensable, au regard de la viabilité d'un tel projet, de souscrire à des polices d'assurance adéquates. D'une manière générale, ces polices devront couvrir les accidents en rapport avec les installations et équipements, la responsabilité civile et les accidents du travail. L'on peut aussi prévoir une assurance couvrant la rupture d'activité, l'interruption des encaissements et le dépassement des coûts. Ces polices peuvent généralement être obtenues auprès de compagnies d'assurance privées, mais il faut savoir que certains cas de force majeure (état de guerre, émeutes, vandalisme, tremblements de terre, cyclones, etc.) en sont parfois exclus, et que, dans de tels cas, il appartient à une ou plusieurs des parties de prendre les risques à leur charge. Certaines catégories de risque, notamment ceux d'ordre politique, peuvent exiger une garantie d'institutions financières internationales, telles que la Banque mondiale ou la Société financière internationale, ou d'organismes de crédit à l'exportation.

E. Phases d'exécution

31. Les projets d'infrastructures à financement privé comportent un certain nombre de phases, qui vont de la définition initiale du projet et la sélection des promoteurs au transfert éventuel des installations à l'État, en passant par la conclusion de l'accord de projet et des instruments connexes, la construction ou la modernisation de l'infrastructure et l'exploitation de cette dernière¹.

¹ Le présent sous-chapitre traite d'un certain nombre de questions en rapport avec les différentes phases d'exécution des projets d'infrastructure financés à l'aide de capitaux privés. Pour une étude plus approfondie,

1. Définition du projet

32. Si l'on excepte ceux résultant de propositions non sollicitées présentées par le secteur privé, il appartient normalement aux autorités du pays d'implantation de définir les projets qui répondent aux besoins nationaux en matière d'infrastructure. Du point de vue juridique, deux questions devront normalement être soulevées à ce stade; il s'agit en effet, d'une part, de décider du mode de participation du secteur privé au projet en question, et, de l'autre, de désigner les entités habilitées à agir pour le compte de l'État.

33. En un tout premier temps, les pouvoirs publics doivent entreprendre une étude préliminaire de faisabilité, notamment sur les plans économique et financier, afin de déterminer, par exemple, les avantages économiques escomptés, les coûts estimatifs et les recettes pouvant être tirées de l'exploitation de l'infrastructure. Il importe aussi à ce stade d'évaluer la faisabilité technique du projet ainsi que ses incidences sur l'environnement. Les conclusions préliminaires de ces études seront décisives lorsqu'il s'agira de définir les modalités de la participation du secteur privé et de décider si l'État doit devenir en dernier ressort propriétaire de l'infrastructure initialement exploitée par l'organisme privé, ou si cet organisme en conserve non seulement le droit d'exploitation mais aussi la propriété. Les choix qui seront faits à ce stade détermineront un certain nombre d'aspects relevant de la législation, tels que l'acquisition des terrains (voir le chapitre V (Préparation), par. 1 à 15) et la propriété des installations et autres équipements connexes (voir le chapitre VI (Accord de projet), à rédiger).

34. Une fois le projet défini, il appartient au Gouvernement d'en déterminer la priorité relative et d'affecter des ressources humaines et autres à son exécution. À ce stade, il importe que les autorités compétentes passent en revue tous les textes réglementaires pertinents afin de recenser les organismes publics appelés à accorder les approbations, licences et autres formes d'autorisation requises, ou qui seront, d'une manière ou d'une autre, concernés par l'exécution du projet. Le Gouvernement pourra aussi, en fonction de l'importance accordée au projet et du niveau de délégation des pouvoirs qu'il aura décidé, désigner l'organisme qui sera chargé de coordonner les apports de toutes les administrations concernées et de veiller à l'octroi des licences et autorisations (pour plus de détails, se reporter au chapitre V (Préparation), par. 38 à 44).

2. Sélection des promoteurs

35. Une fois que le Gouvernement a défini le projet, en a évalué la faisabilité et la viabilité et a établi la nécessité ou l'opportunité de solliciter un financement privé, il lui faut, en ayant pour cela recours aux modalités prévues par la loi, sélectionner les promoteurs qui se chargeront de l'exécuter. Il est fréquent que la sélection se fasse par appel d'offres ou sollicitation de propositions auprès de concurrents présélectionnés en fonction des qualifications requises (pour ce qui est des aspects juridiques du choix des modalités et procédures de sélection, se reporter au chapitre IV (Sélection des promoteurs), à rédiger).

notamment des aspects économiques, financiers et de gestion, on se reportera aux ouvrages généraux sur la question, et en particulier aux directives de l'ONUDI concernant les projets de construction-exploitation-transfert.

36. L'opinion que les promoteurs prospectifs se font des règles régissant la sélection détermine souvent celle qu'ils auront de la viabilité du projet et de l'opportunité pour eux de consacrer du temps et de l'argent à la soumission d'offres. Ils hésiteront à participer à une sélection dont les modalités leur semblent mal définies ou par trop astreignantes. En conséquence, si l'État souhaite attirer des capitaux privés, il peut être souhaitable pour lui de veiller à ce que les procédures aboutissent à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés, garantissent un traitement juste et équitable de tous les concurrents et assurent la transparence de la sélection ².

37. Quelle que soit la procédure retenue, la sélection est un processus fréquemment complexe, qui exige du temps et suppose une dépense considérable pour les promoteurs prospectifs, dépense qui viendra s'ajouter aux coûts du projet. Il importe, pour éviter d'avoir à fournir des éclaircissements ultérieurs et prévenir tout litige, que la documentation fournie aux concurrents soit claire et comporte tous les éléments leur permettant de préparer leurs offres ou leurs propositions. Dans de nombreux pays, les autorités jugent bon de joindre au dossier un modèle de l'accord de projet qui sera conclu avec les promoteurs sélectionnés, ce qui permet aux concurrents de prendre connaissance des obligations que contracte normalement un concessionnaire en vertu de la législation du pays d'implantation. Cette dernière comporte des directives à l'intention des entités adjudicatrices, qu'il est indispensable de prendre en compte dans le cadre de la sélection des promoteurs.

3. Phase de préparation de l'exécution

38. Une fois les promoteurs sélectionnés, il faut prendre une série de mesures en vue de l'exécution du projet. Il est fréquent que les promoteurs créent une société juridiquement indépendante qui sera chargée de mener le projet à bien et avec laquelle les autorités du pays d'implantation concluent l'accord de projet, définissant les obligations des parties en matière d'exécution. Pour des projets aussi complexes, il est courant que les négociations préalables à la conclusion de l'accord s'étalent sur plusieurs mois. L'on sait que ces lenteurs sont imputables à un certain nombre de facteurs, notamment le manque d'expérience des parties, le manque de coordination entre les administrations compétentes, le fait que le Gouvernement ne se prononce pas clairement sur l'importance qu'il accorde au projet, ou encore la difficulté à mettre en place des garanties acceptables par les bailleurs de fonds ³. L'État peut grandement faciliter ce processus en veillant à la coordination entre les administrations et organismes publics concernés, ou encore en déterminant à l'avance les types de garantie et de facilités qu'il serait prêt à octroyer en vue de l'exécution du projet (voir le chapitre VII (Appui de l'État) à rédiger). Plus les parties seront au fait des questions visées dans l'accord, plus les négociations auront de chances d'être fructueuses. À l'inverse, si des aspects majeurs demeurent en suspens une fois la sélection achevée et si les négociateurs ne reçoivent pas d'indications suffisamment claires quant aux questions de fond faisant l'objet de l'accord, les négociations risquent de traîner en longueur et de se révéler très onéreuses. Il est à noter que les négociations sont moins longues lorsque les textes législatifs définissent les

² Ce sont là certains des objectifs énoncés dans le préambule à la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à sa vingt-septième session, en 1994, et dont le texte, accompagné d'un guide pour l'incorporation dans le droit interne, a été publié par les Nations Unies (New York, 1995).

³ Pour une étude des facteurs ayant des incidences sur le bouclage du montage financier, voir Financing Private Infrastructure, Société financière internationale, Washington, 1996, p. 37.

questions qui doivent faire l'objet de l'accord de projet (pour une étude de la question, voir le chapitre VI, Accord de projet).

39. Outre l'accord de projet et les instruments connexes, la société chargée du projet souscrit des accords avec les prêteurs en vue de l'octroi de prêts destinés à l'exécution du projet, et passe marché avec des entreprises de construction et des fournisseurs. D'autres dispositions sont en général prises dès l'adjudication afin de préparer la phase de construction. Des inspections préliminaires du site sont menées avant le début des travaux. La société chargée du projet peut devoir, à ce stade, importer les équipements et matériels dont elle aura besoin et faire venir le personnel requis pour l'exécution du projet. L'action des pouvoirs publics sera décisive pour éviter que des lenteurs ne viennent entraver l'octroi éventuel de licences (voir le chapitre V, Préparation).

4. Phase de construction

40. Une fois prises les dispositions préliminaires susmentionnées, les fonds nécessaires à l'exécution du projet peuvent être décaissés et les travaux de construction ou de modernisation lancés. Le gros des investissements est consenti au cours de la phase de construction, alors que l'infrastructure ne dégage pas encore de recettes. La viabilité globale du projet repose donc sur l'aboutissement des travaux. Les parties concernées cherchent en priorité à éviter tout retard dans la construction et tout dépassement des coûts. Pour les prêteurs, ces risques devront être assumés par la société chargée du projet, ainsi que par les entreprises avec lesquelles cette dernière aura passé marché, dont ils veulent être assurés qu'elles sont compétentes et solides.

41. Du point de vue du Gouvernement, les retards dans la construction et le dépassement des coûts ont des incidences politiques fâcheuses et risquent d'entamer la crédibilité de ses orientations en matière de mise en place d'infrastructures à l'aide de capitaux privés. Les pouvoirs publics exigent fréquemment que la société chargée du projet assume l'entière responsabilité des délais de construction. L'accord de projet comportera donc un certain nombre de dispositions, parfois prescrites par la réglementation en vigueur, concernant les incidences éventuelles de telles situations et prévoyant, par exemple, une garantie de bonne exécution ou un cautionnement, la souscription à des polices d'assurance ou encore des pénalités et des dommages-intérêts d'un montant fixé au préalable. On trouvera au chapitre X (Questions liées à l'exécution) un examen des moyens juridiques de régler ces questions. Par ailleurs, l'État tout comme les bailleurs de fonds voudront s'assurer que les techniques qui seront employées pour exécuter le projet ont fait leurs preuves et sont connues pour être fiables et sûres. Ils envisageront avec réticence toute utilisation de technologie nouvelle ou non éprouvée. En tout état de cause, ils peuvent exiger que des essais soient effectués avant la réception des installations.

42. La société chargée du projet exige généralement que les entreprises de construction assument les risques liés à l'exécution et au dépassement des coûts. Les marchés seront donc à forfait, avec des délais fixes, et porteront sur des contrats clefs en main, avec garantie de bonne exécution. L'entreprise peut en outre être tenue de garantir que l'infrastructure pourra être exploitée selon des normes de qualité pré-établies. Pareillement, les fournisseurs peuvent être tenus de fournir des garanties concernant l'adéquation de leurs équipements.

5. Phase d'exploitation

43. Une fois les travaux de construction achevés, et sur autorisation des pouvoirs publics, commence la phase la plus longue du projet, celle de l'exploitation de l'infrastructure. Au cours de la phase opérationnelle, la société chargée du projet assume la responsabilité de l'exploitation et de la maintenance des installations et s'occupe de collecter les redevances auprès des utilisateurs. Il est fréquent que les textes réglementaires prescrivent les conditions d'exploitation et de maintenance des installations ainsi que les normes de qualité et de sécurité à respecter, qui sont énoncées plus en détail dans l'accord de projet. Par ailleurs, un organisme réglementaire peut être nommé, qui supervise les conditions d'exploitation de l'infrastructure, comme indiqué plus en détail au chapitre IX (Phase d'exploitation).

44. Les recettes dégagées de l'exploitation constituent, pour la société chargée du projet, la seule source de revenu permettant de rembourser les prêts, de récupérer les sommes investies et de réaliser des bénéfices. Au cours de cette phase, elle s'attache donc à éviter toute interruption de fonctionnement et à se protéger des incidences d'une telle situation, ses intérêts coïncidant normalement, sur ce plan, avec ceux des bailleurs de fonds. Il lui importe donc de veiller à ce que le matériel et l'énergie requis pour le fonctionnement de l'infrastructure ne fasse jamais défaut. Elle tient de plus à s'assurer que la tutelle ou le contrôle exercé par les autorités n'entraînera ni perturbations ni interruptions et ne se soldera pas par des frais supplémentaires.

45. D'une manière générale, l'État a lui aussi intérêt à ce que la fourniture de biens ou services au public et aux utilisateurs ne soit pas interrompue. Il est cependant normal qu'il veille à ce que les conditions d'exploitation et de maintenance soient conformes aux normes de qualités et de sécurité prescrites ainsi qu'à la réglementation en vigueur. Cela est tout particulièrement vrai pour des infrastructures utilisées par le public (ponts, tunnels, etc.) ou qui peuvent poser un risque (centrales, réseaux de distribution de gaz, etc.). La position du Gouvernement, qui est responsable devant la population de l'infrastructure en question, risque de donner lieu à des différends avec la société chargée du projet. Il importe donc que les règles concernant l'exploitation de l'infrastructure soient clairement précisées, tout comme les voies de règlement des différends qui pourraient surgir lors de la phase opérationnelle.

6. Expiration de l'accord de projet

46. Sauf lorsque la société chargée du projet en demeure propriétaire à part entière, les projets d'infrastructure financés à l'aide de capitaux privés sont de durée limitée. Dans certains cas, cette société peut obtenir la prolongation de sa concession. Dans d'autres, la loi exige qu'il soit procédé à la sélection d'un nouveau concessionnaire par appel à la concurrence (pour un examen plus détaillé de la question, se reporter au chapitre XI, Expiration, Prorogation et dénonciation de l'accord de projet).

47. Dans d'autres cas encore, notamment pour les projets de type "construction-exploitation-transfert", les installations et tous les biens et équipements s'y rapportant sont transférés à l'État à l'expiration de l'accord de projet. L'État tient alors à s'assurer que les technologies modernes ont bien été transférées, que la maintenance de l'infrastructure s'est faite correctement et que du personnel local a été formé aux fins de l'exploitation.