



Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE

A/CN.9/444/Add.2

2 mars 1998

FRANÇAIS

Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente et unième session
New York, 1er-12 juin 1998

PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

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

Rapport du Secrétaire général

Additif

Chapitre premier. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA LÉGISLATION

	Paragraphes	Page
Recommandations concernant la législation	-	3
Notes sur les recommandations concernant la législation	1-67	5
A. Cadre juridique des projets d'infrastructure à financement privé	1-27	5
1. Questions constitutionnelles	1-4	5
2. Législation générale et législation propre à des secteurs particuliers	5-8	5
3. Éléments d'une législation d'habilitation	9-21	6
4. Coordination administrative	22-27	9
B. Autres domaines pertinents de la législation	28-62	10
1. Protection des investissements	29-32	10
2. Droit des biens	33-35	11
3. Règles et procédures d'expropriation	36-37	11
4. Droit de la propriété intellectuelle	38-39	12
5. Droit des sûretés	40-45	12
6. Droit des sociétés	46-49	13

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
7. Pratiques comptables	50	14
8. Droit des contrats	51-52	14
9. Loi sur l'insolvabilité	53-54	15
10. Droit fiscal	55-57	15
11. Protection de l'environnement	58-60	16
12. Règlement des différends	61-62	16
C. Législation nationale et accords internationaux	63-67	17
1. Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges	64	17
2. Accords internationaux relatifs à des industries particulières	65-67	17

RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

Questions constitutionnelles

1. Il est souhaitable d'examiner les dispositions constitutionnelles existantes de façon à recenser les restrictions éventuelles à la participation du secteur privé à la mise en place et à l'exploitation d'infrastructures, les limitations concernant l'utilisation de biens publics par des entités privées et les obstacles à la propriété privée d'infrastructures (voir par. 1 à 4).

Approches législatives

2. Une législation habilitante générale pourrait être utilement complétée par des lois spéciales traitant de secteurs d'infrastructure particuliers. Lorsque de telles lois spécifiques existent déjà, il est souhaitable de les examiner afin de déterminer si elles sont applicables aux projets d'infrastructure à financement privé (voir par. 5 à 8).

Autorisation législative d'accorder des concessions

3. La loi devrait énoncer clairement que les autorités du pays hôte sont habilitées à adjudger des projets d'infrastructure au secteur privé et désigner les domaines d'activité ou les types d'infrastructure pouvant être concédés à des entités privées (voir par. 10).

4. Il est souhaitable que la loi reconnaisse à la société de projet le droit de faire payer l'utilisation de l'infrastructure ou le service ou les biens qu'elle fournit, conformément à la législation du pays et dans les conditions à préciser dans l'accord de projet. Il est également souhaitable que la loi donne aux parties le pouvoir de s'entendre sur les mécanismes de calcul et d'ajustement de ces prix (voir par. 11).

Régime juridique du projet

5. Il peut être utile d'incorporer dans une législation spéciale applicable aux projets d'infrastructure à financement privé les droits et obligations qui auraient autrement été appliqués de manière implicite et qui sont considérés appropriés pour ces projets. L'adoption d'une législation habilitante générale peut être une occasion d'exclure l'application des règles de droit qui mettent des obstacles à l'exécution de tels projets (voir par 12 à 15).

Propriété et utilisation de l'infrastructure

6. La loi devrait autoriser l'État à transférer à la société de projet ou à mettre à sa disposition les terrains publics ou l'infrastructure existante pouvant être nécessaires à l'exécution du projet (voir par. 16 à 19).

Statut juridique des prestataires de services publics

7. Lorsque l'exploitation de l'infrastructure publique ou la fourniture de services publics est réservée à l'État, il est souhaitable que la loi autorise ce dernier à accorder à la société de projet les droits, privilèges et moyens qui sont nécessaires pour construire et exploiter l'infrastructure et fournir les services publics correspondants, en son nom propre ou en tant qu'agent des autorités du pays hôte (voir par. 20 et 21).

Coordination administrative

8. Il est souhaitable que la loi indique quels organes du pays hôte, à savoir, selon les cas, les autorités nationales, provinciales et locales, sont autorisés à accorder des concessions pour des projets d'infrastructure (voir par. 22 et 23).

9. La loi pourrait confier à un seul organe le pouvoir de recevoir les demandes de licences nécessaires pour la mise en œuvre de projets d'infrastructure, de les transmettre aux organismes compétents et de contrôler la délivrance de toutes les licences requises au moment de l'attribution du projet ainsi que les autres licences qui pourraient être introduites ultérieurement (voir par. 24 à 26).

10. La loi pourrait également autoriser les organismes compétents à délivrer des licences provisoires et stipuler un délai au-delà duquel elles sont réputées avoir été accordées à moins d'avoir été refusées par écrit (voir par. 24 à 26).

11. Dans la mesure où les autorités du pays hôte ne sont pas en mesure de prendre des dispositions comme celles qui sont mentionnées aux points 9 et 10 ci-dessus, elles souhaiteront peut-être inclure dans la loi une disposition exigeant que l'autorité délivrant la licence fasse le maximum pour aider la société de projet à obtenir les licences nécessaires (voir par. 27).

Autres domaines pertinents de la législation

12. Outre la législation touchant directement les projets d'infrastructure à financement privé, des dispositions adéquates dans d'autres domaines du droit faciliteraient les opérations nécessaires pour exécuter les projets d'infrastructure et réduire le risque juridique perçu de l'investissement dans le pays (par exemple, loi sur la protection de l'investissement, droit de propriété, règles et procédures d'expropriation, droit de la propriété intellectuelle, droit des garanties, droit des sociétés, pratiques comptables, droit des contrats, droit de l'insolvabilité, droit fiscal, droit de l'environnement, règlement des différends) (voir par. 28 à 62).

Législation nationale et accords internationaux

13. Les autorités du pays hôte souhaiteront peut-être examiner l'opportunité d'adhérer à des accords internationaux sur la facilitation des échanges ou à des accords sur la promotion des échanges dans des industries ou des services particuliers qui auraient un impact positif sur la mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé (voir par. 63 à 67).

NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

A. Cadre juridique des projets d'infrastructure à financement privé

1. Questions constitutionnelles

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

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

3. Une autre catégorie importante de dispositions constitutionnelles est celle qui a trait à la propriété des terrains ou des infrastructures. Dans certains pays, le droit constitutionnel comporte des limitations concernant la propriété privée des terrains et de certains types de moyens de production. Dans d'autres, la propriété privée est reconnue, mais la constitution déclare que toutes les infrastructures ou certains types d'infrastructure sont propriété de l'État. Les interdictions et les restrictions de cette nature pourraient faire obstacle à l'exécution de projets prévoyant l'exploitation privée, ou l'exploitation et la propriété privées, de l'infrastructure en question.

4. Quel que soit le choix des autorités du pays hôte en ce qui concerne la question de la propriété, tout pays souhaitant attirer l'investissement privé dans les infrastructures doit s'assurer que l'État est autorisé à mettre à la disposition de la société de projet les terrains ou les infrastructures existantes qui peuvent être nécessaires à l'exécution des projets envisagés. Dans certains pays, il s'est révélé nécessaire à cette fin de modifier la constitution.

2. Législation générale et législation propre à des secteurs particuliers

5. Dans certains pays, le législateur a jugé bon d'adopter des lois spécifiques régissant l'exécution et l'exploitation d'un ou de plusieurs projets particuliers. Dans d'autres, où l'octroi de concessions au secteur privé pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, l'État est autorisé par la législation générale à confier au secteur privé toute activité exercée par le secteur public dont la valeur économique fait qu'elle peut l'être par des entités privées. Une telle législation crée un cadre permettant d'aborder de façon uniforme des questions communes aux projets à financement privé dans différents secteurs d'infrastructure. Les pays qui estiment souhaitable d'adopter une telle législation peuvent vouloir décider des questions qu'il est indiqué d'aborder à ce niveau législatif, et de celles qu'il faudrait laisser régir par une législation spécifique, des règlements ou l'accord de projet.

6. Par sa nature, la législation générale n'est pas à même, normalement, de satisfaire à toutes les exigences particulières des différents secteurs. De fait, dans plusieurs pays, la fourniture de certains services publics est soumise à une législation spéciale applicable à des secteurs d'infrastructure particuliers (par exemple les télécommunications, la production et la distribution d'électricité, les transports routiers et ferroviaires). L'un des

arguments en faveur d'une législation spécifique, même dans les pays qui ont adopté une législation habilitante générale abordant les questions intersectorielles, est qu'elle permet au législateur, lorsqu'il conçoit des mécanismes réglementaires pour les différents secteurs d'infrastructure, de tenir compte de la structure du marché.

7. Généralement, une législation propre à un secteur expose la politique de l'État pour ce secteur, présente les mécanismes d'application de cette politique et indique les grandes règles applicables à la fourniture des services correspondants. De nombreux pays ont adopté une telle législation à des époques où une fraction importante, voire la totalité, de l'infrastructure nationale constituait des monopoles d'État. Les stratégies nationales récentes de promotion de l'investissement privé dans les infrastructures ont souvent été fondées sur les résultats d'études approfondies, qui ont analysé des questions telles que le degré de concurrence pouvant être introduit sur l'ensemble du marché ou sur certains des segments, et examiné les coûts économiques potentiels et les avantages attendus de la suppression des monopoles de droit ou de leur maintien intégral ou partiel (voir chap. II, "Structure et réglementation des secteurs", ...). Les pays souhaitant promouvoir l'investissement privé dans les infrastructures devraient peut-être revoir la législation actuelle applicable aux différents secteurs afin de déterminer si elle peut s'appliquer aux projets d'infrastructure à financement privé.

8. La législation propre à un secteur particulier peut également jouer un rôle important dans la mise en place d'un cadre pour la réglementation des différents secteurs d'infrastructure (voir chap. II, "Structure et réglementation des secteurs", ...). Des conseils en matière législative sont particulièrement utiles dans les pays qui en sont aux premiers stades de la mise en place ou de l'élaboration de capacités réglementaires nationales. Ils contribuent aussi à rassurer les prêteurs et le consortium de projet sur le fait que les responsables de la réglementation n'ont pas de pouvoir illimité dans l'exercice de leurs fonctions, mais sont liés par les paramètres prescrits par la loi. D'une manière générale, toutefois, il est souhaitable d'éviter une législation rigide ou trop détaillée, qui dans la plupart des cas ne serait pas adaptée à la (longue) durée des projets d'infrastructure à financement privé.

3. Éléments d'une législation d'habilitation

9. La mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé peut demander la promulgation d'une législation ou de règlements spéciaux autorisant l'État à confier la fourniture de services publics à des entités privées ou à des entités décentralisées lui appartenant en totalité ou en partie. Outre qu'elle est parfois nécessaire pour répondre à des obligations nationales, constitutionnelles et autres, la promulgation d'une autorisation législative expresse peut contribuer dans une mesure importante à renforcer la confiance d'investisseurs potentiels du secteur privé, nationaux ou étrangers, dans une politique nationale cherchant à les attirer pour financer des infrastructures. S'il est préférable en principe d'éviter que la législation générale régie les aspects particuliers des droits et obligations mutuels de la société de projet et de l'État, il peut être utile qu'elle aborde un certain nombre de questions fondamentales.

a) Autorisation législative d'accorder des concessions

10. Dans certains systèmes juridiques, l'État est directement responsable de la fourniture de services publics et ne peut déléguer cette fonction sans autorisation législative préalable. Pour les pays qui souhaitent attirer des investissements privés dans les infrastructures, il est donc particulièrement important que la loi énonce clairement que l'État est habilité à confier à des entités autres que des organismes publics le droit de fournir certains services publics et de les faire payer. Pour des raisons de clarté, il est souhaitable en outre qu'une telle législation générale définisse les domaines d'activités dans lesquels des concessions peuvent être accordées.

11. La loi devrait également donner le pouvoir aux parties de s'entendre sur les mécanismes de calcul et d'ajustement des prix demandés, quand ils ne sont pas fixés par un organisme réglementaire. Une telle disposition générale, dans la législation habilitante, peut être particulièrement importante dans les pays où les services publics sont des monopoles d'État, ou bien lorsqu'il est prévu de faire appel à des entités privées pour fournir certains

services dont le public bénéficiait jusqu'alors gratuitement. Dans certains pays, l'absence d'autorisation législative préalable a donné lieu à des conflits de droit, le pouvoir de la société de projet d'exiger le paiement d'un prix pour le service fourni étant contesté.

b) Régime juridique des projets d'infrastructure à financement privé

12. Dans certains pays dont le système juridique appartient à la tradition du droit romain ou est influencé par elle, la fourniture de services publics peut être régie par un ensemble de lois appelé "droit administratif", qui s'applique à de nombreuses fonctions de l'État. Il y a dans la plupart de ces pays des notions de droit administratif bien définies qui peuvent s'appliquer à certaines formes de projets d'infrastructure, telles que "concession de travaux publics", "concession de services publics" ou "délégations", "licences" ou "autorisations" pour la fourniture de certaines formes de services publics. Divers droits et obligations des parties peuvent découler de dispositions législatives, d'un précédent judiciaire ou des principes généraux du droit, selon le type de projet et la nature de l'instrument d'attribution (par exemple accord bilatéral ou acte unilatéral).

13. Dans certains de ces systèmes juridiques, par exemple, l'État a généralement le droit, pour des motifs d'intérêt public, de révoquer des contrats administratifs ou de modifier leur portée et leurs conditions, sous réserve habituellement de l'indemnisation des entrepreneurs pour les pertes subies ou les coûts supplémentaires supportés. Il pourrait y avoir d'autres droits, comme des droits de surveillance et d'inspection étendus, ainsi que le droit d'imposer des sanctions à l'exploitant privé pour défaut d'exécution. Il y a dans certains pays des dispositions spéciales pour le règlement des différends découlant des contrats publics et il peut y avoir des limitations du droit des organismes publics de s'entendre sur des procédures non judiciaires de règlement des litiges (voir chap. XI, "Règlement des différends", ...). En même temps, certains systèmes juridiques reconnaissent certaines conditions implicites dans tous les contrats publics qui assurent un certain niveau de protection aux entrepreneurs publics, comme le droit de revoir les conditions du contrat après des changements imprévus des circonstances (voir chap. VIII, "Retards, défauts et autres défauts d'exécution", ...). Dans certains pays, toutefois, la capacité de l'État de révoquer ou de modifier les conditions dans lesquelles une entité privée fournit un service public pourrait être limitée aux cas où l'instrument pertinent a pris la forme d'un acte unilatéral discrétionnaire.

14. L'existence d'un régime juridique spécial applicable aux exploitants d'infrastructures et aux prestataires de services publics n'est pas limitée aux systèmes juridiques dont il vient d'être question. Dans plusieurs pays appartenant à la tradition de la *common law* ou influencés par elle, il existe des règles spéciales pour chaque type de service public (par exemple télécommunications, chemins de fer, électricité), qui ne sont pas nécessairement toujours regroupées systématiquement dans un code plus général. Dans ces pays aussi, on a élaboré des règles particulières pour les contrats publics, en utilisant largement des formulaires et des conditions types. Ces règles spéciales donnent en général à l'État certains pouvoirs de dénonciation ou de modification, contrebalancés par l'obligation d'indemniser l'entrepreneur pour perte du fait de l'inexécution du contrat. À cet égard, une distinction importante est faite dans certaines juridictions de *common law* entre les "franchises", qui créent des droits acquis sur l'entreprise de services publics pour qu'elle fournisse le service correspondant, et les simples "licences", qui sont des privilèges personnels pouvant généralement être révoqués par le concédant. Dans certains pays, toutefois, il est entendu que même des actes unilatéraux autorisant une entité privée à exercer une activité donnée peuvent créer des droits acquis, de sorte qu'ils ne peuvent être modifiés par l'État sans le consentement de ladite entité, à moins que la loi ou les conditions de la licence en prévoient expressément la possibilité.

15. Dans les pays où les contrats publics sont soumis à un régime spécial, il peut être souhaitable que le pouvoir législatif examine si le régime existant est approprié pour les projets d'infrastructure à financement privé et identifie les difficultés éventuelles que risque d'entraîner son application. À des fins de transparence et pour qu'il n'y ait pas de doute chez les investisseurs étrangers et nationaux potentiels, il peut être utile d'incorporer dans une législation spéciale applicable aux projets d'infrastructure à financement privé les droits et obligations qui sont implicites ou ne sont pas traités systématiquement dans le système juridique et qui sont considérés appropriés pour ces projets.

L'adoption d'une législation habilitante générale peut en outre être l'occasion d'exclure l'application des règles de droit dont on considère qu'elles entravent l'exécution de tels projets.

c) Propriété et utilisation de l'infrastructure

16. Un certain nombre de pays ont des dispositions détaillées sur la préservation et la protection de la propriété d'État, y compris des procédures et autorisations spéciales requises pour transférer le titre de propriété correspondant à des entités privées ou accorder à des entités privées le droit d'utiliser des biens publics. Quel que soit le choix des autorités du pays hôte en ce qui concerne la propriété de l'ouvrage à construire, moderniser ou réhabiliter, il est important, pour un pays qui souhaite attirer des investissements privés dans les infrastructures, d'autoriser l'État à transférer à la société de projet ou à mettre à sa disposition, pendant une période non inférieure à la durée de l'accord de projet, tous terrains ou toute infrastructure existante nécessaires pour l'exécution du projet.

17. Le régime de propriété d'un projet particulier peut être le résultat de considérations pratiques, telles que la durée de vie opérationnelle de l'infrastructure ou l'intérêt de l'État à en conserver la propriété. En outre, dans certains projets, les parties peuvent souhaiter faire une distinction entre les biens qui doivent appartenir à l'État ou lui être restitués à la fin de la période de concession, et les autres biens acquis pendant cette période par la société de projet dont elle restera propriétaire. Dans certains pays, la loi indique expressément que le titre de propriété sur tous les biens fournis au départ par les autorités du pays hôte pour la construction de l'ouvrage et sur les ouvrages et améliorations réalisés ensuite par la société de projet est confié aux autorités du pays hôte pendant toute la durée de l'accord. Dans d'autres pays, en revanche, la loi autorise le transfert du droit de propriété requis aux fins de la concession à la société de projet ou dispose que cette dernière sera propriétaire de tous les biens acquis du fait de la concession. Dans d'autres pays encore, la loi, sans autoriser le transfert du titre de propriété à la société de projet, prévoit certains autres droits réels dont elle précise la nature et la portée (par exemple, emphytéose, droit d'utilisation, usufruit, etc.).

18. Pour la société de projet, il est important, quelle que soit la forme que prennent ses droits, qu'elle ait l'assurance qu'ils reposent sur une autorité législative suffisante et seront opposables à des tiers. Les prêteurs et autres investisseurs dans le projet partageront la même préoccupation. En outre, étant donné les restrictions juridiques qui s'appliquent dans de nombreux pays à l'utilisation des biens publics par des entités privées, l'État peut avoir besoin d'une autorisation législative préalable pour permettre à la société de projet d'utiliser des biens publics supplémentaires.

19. Par conséquent, il serait peut-être souhaitable que la législation applicable précise, le cas échéant, la nature des droits de propriété qui peuvent être accordés à la société de projet, en tenant compte du type d'infrastructure concerné. En outre, il pourrait être utile que la loi autorise l'État à accorder à la société de projet le droit d'utiliser les terrains, routes et autres installations auxiliaires non liés directement au projet, qui sont nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'infrastructure, conformément aux conditions générales devant figurer dans l'accord de projet.

d) Statut juridique des prestataires de services publics

20. Les organismes publics ou organes d'État fournissant des services publics sont généralement investis de pouvoirs destinés à faciliter la fourniture du service et à faire en sorte que les usagers respectent et observent les règles et règlements pertinents. Il peut s'agir par exemple du droit de publier des règlements de sécurité ou de contrôler qu'ils sont observés et du droit de suspendre la fourniture du service pour des motifs d'urgence ou de sécurité ou par suite de défaut ou de non-observation des règles par les usagers (voir chap. VIII, "Phase d'exploitation", ...). Ces pouvoirs découlent généralement du pouvoir général de l'État, et dans certains systèmes juridiques ils sont inhérents à la puissance publique.

21. Dans les pays où l'octroi de concessions pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, les pouvoirs nécessaires sont généralement délégués au concessionnaire par l'État. L'étendue des pouvoirs délégués est généralement définie dans l'accord de projet et une législation habilitante générale comme celle qui est examinée dans le *Guide* n'a peut-être pas besoin de la préciser. Toutefois, lorsque l'exploitation de l'infrastructure publique ou la fourniture de services publics est réservée à l'État, il est souhaitable que la loi donne à celui-ci le pouvoir d'accorder à la société de projet les droits, privilèges et moyens qui sont nécessaires pour construire et exploiter l'infrastructure et fournir les services publics correspondants, en son nom propre ou en tant qu'agent des autorités du pays hôte.

4. Coordination administrative

22. Selon la structure administrative du pays hôte, les projets d'infrastructure à financement privé peuvent exiger la participation de plusieurs organismes publics différents, à divers niveaux de l'État. Par exemple, les règlements régissant l'activité concernée peuvent être édictés en totalité ou en partie par un organisme public situé à un autre niveau que celui qui est chargé de fournir le service correspondant. Il se peut également que les fonctions réglementaires et opérationnelles soient regroupées dans une seule entité, mais que le pouvoir d'attribuer des marchés publics soit centralisé dans un organisme public différent. Pour les projets où interviennent des investissements étrangers, il peut également arriver que certaines attributions particulières relèvent de la compétence de l'organisme du pays hôte qui est chargé d'approuver les propositions d'investissements étrangers.

23. Lorsqu'une législation habilitante générale est adoptée, il serait bon qu'elle indique clairement quels organismes ou niveaux de l'État sont compétents pour attribuer des projets d'infrastructure au secteur privé. Il peut être utile d'examiner l'étendue des pouvoirs dont peuvent avoir besoin des autorités autres que l'administration centrale pour exécuter des projets relevant de leur compétence. La législation générale peut prévoir elle-même les procédures à appliquer pour identifier ou hiérarchiser les projets d'infrastructure à adjuger au secteur privé, ou elle peut renvoyer aux règles qui établiront ces procédures. De la même façon, la législation peut prévoir les procédures à suivre pour la sélection du concessionnaire, ou indiquer quelles règles doivent être appliquées pour effectuer la sélection (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire").

24. Outre qu'elle permet de préciser des points relatifs au pouvoir général d'attribuer des projets dans un secteur particulier, la législation peut jouer un rôle utile en facilitant la délivrance d'autorisations et de licences qui peuvent être nécessaires dans le courant d'un projet (par exemple autorisations dans le cadre de la réglementation des changes; licences pour l'enregistrement de la société de projet; autorisation d'employer des étrangers; droits d'enregistrement et de timbre pour l'utilisation ou la propriété de terrains; licences d'importation de matériel et de fournitures; permis de construire; permis d'installation de câbles ou de conduites; licences pour la mise en service de l'installation; attribution de fréquences pour les communications mobiles). Les licences et autorisations nécessaires peuvent relever de la compétence de divers organes à différents niveaux de l'administration nationale et les délais nécessaires pour les obtenir peuvent être longs, en particulier lorsque les organes en question n'ont pas été associés au départ à la conception du projet ou à la négociation de ses conditions.

25. Au moment où l'accord de projet est signé, le consortium de projet aura normalement investi un temps considérable et des sommes importantes dans le projet (par exemple pour préparer des études de faisabilité, des plans et d'autres documents techniques; préparer des dossiers d'appel d'offres et participer à la procédure d'appel d'offres; négocier l'accord de projet; conclure des accords de prêt et d'autres accords et contrats liés au projet; recruter des consultants et des conseillers). L'éventualité de ne pas obtenir les licences nécessaires pour la construction de l'installation peut dissuader des investisseurs sérieux d'entrer en lice pour l'attribution du projet. En outre, un retard dans la mise en service d'un projet d'infrastructure faute de licences risque de compromettre la viabilité financière de ce dernier ou de causer un préjudice considérable à ses promoteurs. Lorsqu'il n'est pas possible de récupérer le supplément de coût en prolongeant la période de concession, ou en relevant les tarifs ou les prix pratiqués, la société

de projet peut se tourner vers les autorités du pays hôte pour réclamer un dédommagement ou une assistance. Il en résulte souvent alors une hausse du coût du projet et donc de son coût pour le public.

26. L'évaluation, à un stade précoce, des licences nécessaires pour un projet particulier peut largement contribuer à éviter des retards dans la phase de mise en œuvre. Une mesure susceptible d'améliorer la coordination dans la délivrance des licences et autorisations pourrait consister à confier à un seul organe le pouvoir de recevoir les demandes de licences, de les transmettre aux organismes compétents et de contrôler la délivrance de toutes les licences énumérées dans la sollicitation de propositions ainsi que de toute autre licence qui pourrait être introduite par des règlements ultérieurs. La loi peut également autoriser les organismes compétents à délivrer des licences provisoires et stipuler un délai au-delà duquel elles sont réputées être accordées à moins d'avoir été refusées par écrit.

27. Dans les cas toutefois où les autorités du pays hôte, pour des raisons constitutionnelles ou des raisons d'organisation interne, ne sont pas en mesure d'assumer la responsabilité de la délivrance de toutes les licences ou de confier cette fonction de coordination à un organisme unique, elles pourraient alors peut-être envisager de donner quelque assurance qu'elles feront néanmoins tout leur possible pour aider la société de projet à obtenir les licences requises par le droit national, par exemple en désignant un service ou un organisme chargé de fournir des renseignements et une aide aux consortiums de projet en ce qui concerne les licences à obtenir, ainsi que les procédures et conditions à remplir.

B. Autres domaines pertinents de la législation

28. En plus des questions relatives à la législation touchant directement les projets d'infrastructure à financement privé, un cadre juridique favorable peut comporter des dispositions dans d'autres domaines législatifs. L'existence d'une législation encourageant les investissements privés dans les activités économiques attirerait de tels investissements. Les paragraphes qui suivent indiquent seulement quelques aspects d'autres domaines du droit pouvant avoir un impact sur la mise en œuvre de projets d'infrastructure¹. L'existence de dispositions juridiques appropriées dans ces autres domaines peut faciliter un certain nombre d'opérations nécessaires pour exécuter des projets d'infrastructure et réduire le risque juridique perçu de l'investissement dans le pays.

1. Protection des investissements

29. Un point qui intéresse particulièrement les consortiums de projet et les prêteurs est le degré de protection accordée aux investissements dans le pays hôte. On peut renforcer la confiance des investisseurs dans le pays hôte par exemple en les protégeant contre une nationalisation ou une expropriation sans contrôle judiciaire ou indemnisation appropriée. Les sociétés participant à des consortiums de projet souhaiteront également savoir dans quelle mesure elles pourront, entre autres, faire venir dans le pays sans restriction déraisonnable le personnel qualifié nécessaire pour travailler dans le cadre du projet, importer les biens et le matériel nécessaires, avoir accès aux devises étrangères dont elles auront besoin, transférer leurs bénéfices à l'étranger ou les rapatrier.

30. Pour les pays ayant déjà une législation adéquate en matière de protection des investissements, il peut être utile d'envisager expressément d'étendre cette protection aux investissements privés dans des projets d'infrastructure.

¹Pour une vue générale du cadre juridique nécessaire pour encourager l'investissement privé dans les secteurs privatisés, voir Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), *Comparative Experiences with Privatization*, New York et Genève, 1995, p. 40 à 52. En ce qui concerne en particulier les pays en transition, voir Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies, *Aspects juridiques de la privatisation dans l'industrie*, New York, 1995, p. 11 à 28.

31. Outre l'adoption d'une législation interne sur la protection des investissements, un nombre croissant de pays ont conclu des accords bilatéraux qui visent à faciliter et à protéger les flux d'investissements entre les parties contractantes. Ces accords comportent généralement des dispositions concernant l'admission et le traitement des investissements étrangers, le transfert des capitaux entre les parties contractantes (par exemple, versement de dividendes à l'étranger, rapatriement des investissements), la disponibilité de devises étrangères pour le transfert ou le rapatriement du produit des investissements, la protection contre l'expropriation et la nationalisation et le règlement des litiges relatifs aux investissements. L'existence d'un tel accord entre le pays hôte et le(s) pays d'origine des membres du consortium de projet peut jouer un rôle important dans la décision d'investir dans le pays hôte. Selon ses conditions, un tel accord peut réduire le besoin d'assurances ou de garanties de l'État pour des projets d'infrastructure particuliers.

32. Un accord multilatéral sur l'investissement est en cours de négociation sous les auspices de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Il traitera du règlement des litiges, de la protection des investisseurs et des investissements, de la libéralisation, de la privatisation et des monopoles, du personnel clef, des questions d'environnement et de main-d'œuvre, des obligations d'exécution, et des mesures d'incitation à l'investissement.

2. Droit des biens

33. Il est souhaitable que le droit des biens du pays hôte corresponde à des normes modernes acceptables et contienne des dispositions adéquates sur la propriété et l'utilisation des terrains et immeubles, ainsi que sur les biens meubles et incorporels (tels que les droits d'auteur), et permette à la société de projet d'acheter, de vendre, de transférer et d'autoriser l'utilisation des biens, selon les cas.

34. Que la société de projet soit propriétaire des terrains sur lesquels est réalisé l'ouvrage ou qu'elle ait seulement sur eux un droit d'usage, il importe que la propriété des terrains puisse être établie clairement et sans équivoque par des procédures adéquates d'enregistrement et de publicité. La société de projet et les prêteurs auront besoin d'une preuve raisonnable que la propriété des terrains ne donnera pas matière à litige. Autrement dit, ils hésiteront à engager des fonds pour le projet si les lois du pays hôte ne fournissent pas de moyens satisfaisants d'établir qui est propriétaire des terrains. Il est souhaitable également de faire en sorte que la société de projet puisse constituer une sûreté sur de tels biens, afin d'obtenir un financement pour le projet (voir chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet", par. 13 à 16).

3. Règles et procédures d'expropriation

36. En général, les autorités du pays hôte se chargent de fournir les terrains nécessaires pour la réalisation du projet; elles peuvent les acheter à leurs propriétaires ou bien, s'il le faut, les acquérir par expropriation (voir chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet", par. 8 à 12). De nombreux pays ont une législation régissant les procédures d'expropriation, et elle s'appliquerait à toute expropriation requise pour les projets d'infrastructure à financement privé.

37. Les procédures d'expropriation sont généralement longues et complexes. Elles peuvent aussi faire intervenir plusieurs services de différents ministères ou à différents échelons de l'État. Il peut y avoir des retards particuliers dans certains pays où l'expropriation prend la forme d'une procédure judiciaire. Les autorités du pays hôte souhaiteront donc peut-être, pour des raisons d'intérêt général, examiner les dispositions existantes en matière d'expropriation afin de déterminer si elles sont adaptées aux besoins des grands projets d'infrastructure et si elles permettent des procédures rapides et d'un bon rapport coût-efficacité, tenant dûment compte des droits des propriétaires. Il est particulièrement important de donner aux autorités du pays hôte la possibilité de prendre possession du bien le plus tôt possible, afin d'éviter des retards au démarrage et une hausse des coûts du projet (voir chap. VIII, "Retards, défauts et autres défauts d'exécution", ...).

4. Droit de la propriété intellectuelle

38. Les projets d'infrastructure à financement privé font souvent appel à des technologies nouvelles ou de pointe protégées par des brevets ou par des droits de propriété intellectuelle similaires. Ils peuvent également comporter la formulation et la soumission de solutions originales ou novatrices, qui peuvent constituer une information exclusive appartenant à celui qui les propose au titre de la protection des droits d'auteur. Les investisseurs privés, nationaux et étrangers, qui apportent une technologie nouvelle ou de pointe dans le pays ou élaborent des solutions originales, devront avoir l'assurance que leurs droits de propriété intellectuelle seront protégés et qu'ils seront en mesure de les faire valoir contre des contrefaçons.

39. L'adhésion aux accords internationaux concernant la protection et l'enregistrement des droits de propriété permet de disposer d'un cadre juridique pour la protection de la propriété intellectuelle. *[La Commission souhaitera peut-être examiner la question de savoir si une liste des principaux instruments internationaux et une brève description de leur contenu, qui pourraient être établies en consultation avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), devraient être insérées dans ce paragraphe.]*

5. Droit des sûretés

40. Le type et l'étendue des sûretés offertes par la société de projet ou par ses actionnaires joueront un rôle fondamental dans les arrangements contractuels relatifs au financement des projets d'infrastructure. Les dispositions relatives aux garanties peuvent être complexes et prévoir diverses formes de sûreté, par exemple une sûreté réelle sur les avoirs matériels de la société de projet (telle que hypothèque ou nantissement), le gage d'actions de la société de projet et la cession de créances du projet. Alors que le droit applicable aux accords de prêts relève généralement de l'autonomie des parties, c'est dans la plupart des cas la loi du pays hôte qui déterminera le type d'action en garantie pouvant être engagée contre des avoirs situés dans le pays et les recours disponibles. Les différences dans les types de garantie ou les limites des recours disponibles en vertu des lois du pays hôte peuvent être à l'origine de difficultés pratiques considérables. Il est donc important de veiller à ce que le droit interne prévoit une protection juridique suffisante aux créanciers garantis et ne fasse pas obstacle à la capacité des parties d'établir des arrangements appropriés en matière de garanties.

41. La protection juridique de base peut comporter des dispositions visant à ce qu'une sûreté réelle (par exemple une hypothèque) puisse faire l'objet d'une inscription pour que, une fois qu'elle est inscrite sur le registre central des titres de propriété ou un autre registre public, tout acheteur du bien auquel la sûreté est attachée soit tenu de prendre ce bien compte tenu de la sûreté. En outre, la garantie devrait être opposable aux tiers, avoir le caractère d'un droit de propriété et non d'une simple obligation, et devrait habiliter la personne qui la reçoit à vendre, dans une procédure d'exécution, les avoirs pris en garantie. Les créanciers garantis devraient avoir la préférence sur les créanciers non garantis dans les procédures d'insolvabilité.

42. Un autre aspect important a trait à la souplesse donnée aux parties pour définir la ou les dettes qui sont garanties et les actifs servant de garantie. Certains systèmes juridiques laissent une grande latitude aux parties pour la définition de ces derniers. Parfois, il peut s'agir de tous les actifs d'une entreprise, ce qui permet de vendre celle-ci comme une affaire viable, et peut aider à sauver une entreprise en difficultés financières tout en augmentant les sommes pouvant être recouvrées par le créancier nanti. D'autres systèmes juridiques, en revanche, ne permettent que la constitution d'une garantie attachée à des actifs particuliers et ne reconnaissent pas les garanties portant sur la totalité des actifs du débiteur. Il peut également y avoir des limites à la capacité du débiteur de négocier des biens constitués en garantie. Étant donné ces limites et restrictions, il est difficile, sinon impossible, pour le débiteur de constituer des garanties sur des actifs décrits de façon générique ou sur des actifs faisant l'objet d'échanges dans le cadre de son activité habituelle.

43. Étant donné la longue durée qui caractérise les projets d'infrastructure à financement privé, les parties peuvent souhaiter être en mesure de définir à la fois la (ou les) dette(s) garantie(s) et les actifs constitués en sûreté à titre particulier ou général. Elles peuvent souhaiter également que cette garantie porte sur les actifs présents ou futurs et sur les actifs qui pourraient changer pendant la durée de la garantie. Il peut être souhaitable d'examiner les dispositions existantes sur les sûretés réelles afin d'inclure des dispositions permettant aux parties de conclure des arrangements appropriés les concernant.

44. Une autre forme fréquente de garantie, dans le cadre de certains projets d'infrastructure à financement privé, est la cession aux prêteurs du produit des contrats conclus avec les clients de la société de projet. Il peut s'agir du produit d'un contrat unique (par exemple, l'engagement d'une entité de distribution d'électricité d'acheter de l'électricité) ou bien d'un grand nombre d'opérations différentes (par exemple, le paiement mensuel de factures de gaz ou d'eau). Dans la plupart des cas, la société de projet peut difficilement indiquer dans le détail quelles créances sont cédées aux créanciers. C'est pourquoi la cession de créances dans le financement de projet prend le plus souvent la forme d'une cession globale de créances futures. La validité de la cession globale de créances et de créances futures peut toutefois, dans certains systèmes juridiques, être entachée d'une incertitude considérable.

45. Jusqu'ici, aucun régime ou modèle uniforme complet pour la formulation de lois nationales sur les garanties n'a été élaboré par des organismes intergouvernementaux internationaux. La Loi modèle sur les opérations constitutives de sûretés, préparée par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) pour aider les efforts de réforme législative dans les pays d'Europe centrale et orientale², pourrait remplir ce rôle. Outre des dispositions générales indiquant qui peut constituer et qui peut recevoir une sûreté réelle, et des règles générales concernant les créances assorties d'une sûreté et les biens constitués en sûreté, cette loi modèle aborde des questions telles que la constitution de sûretés réelles, les intérêts des tiers, l'exécution des garanties et les procédures d'enregistrement. Les solutions qu'elle propose visent à atteindre les objectifs examinés aux paragraphes 41 à 44 ci-dessus. *[Une description des travaux menés par la CNUDCI dans le domaine de la cession de créances pourra être insérée dans ce paragraphe, au stade approprié.]*

6. Droit des sociétés

46. Dans la plupart des projets comportant la mise en place d'une nouvelle infrastructure, les membres du consortium de projet établiront la société de projet en tant qu'entité juridique distincte dans le pays hôte (voir chap. IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet", par. ...). Il est donc important que les autorités du pays hôte aient un droit des sociétés approprié comportant des dispositions modernes sur des aspects essentiels tels que les procédures de création, l'administration des sociétés, l'émission, la vente ou le transfert d'actions, les états comptables et financiers et la protection des actionnaires minoritaires.

47. Les actionnaires de la société de projet souhaitent limiter leur responsabilité à la valeur de leur participation au capital social. S'il est prévu que la société propose des actions au public, il faudra une responsabilité limitée car les investisseurs potentiels, en général, n'achèteront ces actions qu'à concurrence de la valeur de leur investissement et n'interviendront pas de près dans l'exploitation de la société de projet. Il est donc important que le droit du pays hôte comporte des dispositions adéquates concernant la limitation de la responsabilité des actionnaires. En outre, des dispositions appropriées régissant l'émission d'obligations, d'obligations non garanties ou d'autres titres par des sociétés commerciales permettront à la société de projet de se procurer des fonds auprès d'investisseurs sur le marché des valeurs, ce qui facilitera le financement de certains ouvrages d'infrastructure.

²Banque européenne pour la reconstruction et le développement, *Loi modèle sur les opérations constitutives de sûretés*, Londres, 1994.

48. Le droit moderne des sociétés comporte souvent des dispositions spécifiques régissant la conduite des gestionnaires de façon à prévenir les conflits d'intérêts. Les dispositions de ce type exigent que les gestionnaires agissent de bonne foi au mieux des intérêts de la société et n'utilisent pas leur position pour promouvoir leurs intérêts financiers ou ceux d'autres personnes au détriment de la société. De telles dispositions peuvent être particulièrement utiles dans le cas des projets d'infrastructure, où la société de projet peut souhaiter recruter ses propres actionnaires, à un stade ou à un autre du projet, pour l'exécution de travaux ou la fourniture de services en rapport avec le projet (voir chap. VI, "Phase de la construction", ...).

49. Il est important que la loi régie de façon satisfaisante le processus de décision à la fois pour les réunions des actionnaires et les réunions des organes de direction de la société (par exemple, conseil d'administration ou conseil de surveillance). La protection des droits des actionnaires et en particulier la protection des actionnaires minoritaires contre les abus des actionnaires dominants ou majoritaires sont des éléments importants du droit moderne des sociétés. Il est utile de reconnaître le droit des actionnaires de régler un certain nombre d'autres questions concernant la gestion de la société de projet en concluant des accords entre eux.

7. Pratiques comptables

50. De nombreux pays adoptent des pratiques comptables normalisées pour pouvoir évaluer les entreprises de manière uniforme. L'application de pratiques comptables modernes et acceptables internationalement peut contribuer à assurer la négociabilité d'obligations et d'autres titres émis par la société de projet pour se procurer des fonds sur les marchés financiers internationaux. Elle peut aussi, pour la sélection du concessionnaire, faciliter l'évaluation et la comparaison des propositions et aider à déterminer celles qui sont les plus rentables sur l'ensemble de la période de concession (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 75 à 77). Des pratiques comptables normalisées sont en outre indispensables pour la vérification des bénéfices des sociétés, ce qui peut être nécessaire pour l'application de structures tarifaires et la vérification de la conformité par l'organisme réglementaire (voir chap. VII, "Phase opérationnelle", ...).

8. Droit des contrats

51. Il est important que le droit interne relatif aux contrats commerciaux fournisse des solutions adaptées aux besoins de la société de projet et des bailleurs de fonds, y compris la souplesse requise dans l'élaboration des contrats nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'infrastructure. Outre certains éléments essentiels d'un droit des contrats approprié, tels que la reconnaissance générale de l'autonomie des parties, la possibilité de faire exécuter par voie judiciaire les obligations contractuelles et les recours adéquats en cas de rupture du contrat, les lois du pays hôte peuvent créer un environnement favorable pour les projets d'infrastructure à financement privé en facilitant les arrangements contractuels susceptibles d'être utilisés pour ces projets.

52. Lorsqu'une nouvelle infrastructure doit être construite, la société de projet peut avoir besoin d'importer de grandes quantités de matériel et de fournitures. L'existence, dans le droit du pays hôte, de dispositions spécialement adaptées aux contrats de vente internationale réduirait l'incertitude juridique entourant ces opérations. L'adhésion à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) ou à d'autres instruments internationaux traitant de contrats particuliers, tels que la Convention UNIDROIT sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988), permet de disposer d'un cadre juridique particulièrement adapté.

9. Droit de l'insolvabilité

53. L'insolvabilité d'un exploitant d'infrastructure ou d'un prestataire de services publics soulève un certain nombre de questions qui ont conduit certains pays à définir des règles spéciales pour faire face à cette situation, y compris des règles permettant aux autorités du pays hôte de prendre les mesures nécessaires pour assurer la continuité du projet (voir chap. IX, "Durée, prorogation et dénonciation anticipée de l'accord de projet", ...). Les

prêteurs garantis seront particulièrement intéressés par des dispositions concernant les créances privilégiées, notamment pour ce qui est de savoir si les créanciers disposant d'une sûreté peuvent exiger cette dernière malgré l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, s'ils ont la priorité pour les paiements effectués avec le produit de la sûreté et quel est le rang de leurs créances.

54. On peut penser que l'insolvabilité d'une société de projet touchera des créanciers ou des actifs situés dans plus d'un pays. Il serait donc peut-être souhaitable que le pays hôte ait des dispositions facilitant la coopération judiciaire, l'accès aux tribunaux pour les administrateurs de l'insolvabilité étrangère et la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangère. La loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale constitue un modèle approprié que peuvent utiliser les États souhaitant adopter une législation à cette fin³.

10. Droit fiscal

55. Le régime fiscal général du pays hôte joue un rôle important dans les décisions d'investissement des sociétés privées. Non seulement celles-ci évaluent l'impact de la fiscalité sur les coûts du projet et la marge bénéficiaire qu'elles en attendent, mais elles examinent aussi des questions telles que la transparence générale du système fiscal, le degré de discrétion des autorités fiscales, la clarté des lignes directrices et instructions adressées aux contribuables, l'objectivité des critères utilisés pour calculer les obligations fiscales.

56. Certains pays, en particulier des pays en développement et des pays en transition, ont eu recours à des incitations fiscales pour attirer les investissements étrangers ou pour promouvoir l'investissement dans des industries ou régions particulières. Il s'agit le plus souvent de réduction de l'impôt sur les sociétés, d'exonération d'impôt sur le revenu pour le personnel étranger nécessaire à l'exécution du projet, d'exonération de l'impôt foncier et d'un allègement fiscal sur les redevances ou droits d'importation. Il y a lieu toutefois de noter que les incitations fiscales dans le cadre d'un projet particulier, sous forme d'exonération ou de réduction de taxes particulières, de régimes spéciaux de suspension ou de déduction d'impôts ou encore d'autres mesures *ad hoc* s'écarteraient du régime fiscal général, sont potentiellement discriminatoires et risquent d'être moins transparentes que des formes plus directes d'appui de l'État au projet (voir chap. V, "Appui des pouvoirs publics", par. ...). En outre, il peut être souhaitable que les gouvernements examinent les nombreuses incitations fiscales dont bénéficient les entreprises étrangères, en particulier celles qui ne sont pas limitées dans le temps et sont accordées à toutes sortes d'investissements étrangers, car leur maintien risque de désavantager de manière déloyale les investisseurs nationaux.

57. Un problème particulier, pour les projets d'infrastructure à financement privé où interviennent des investissements étrangers, est le risque d'une double imposition des sociétés étrangères participant à un consortium de projet, c'est-à-dire l'imposition des bénéfices, redevances et intérêts dans le pays d'origine et dans le pays hôte. Un certain nombre de pays ont conclu des accords bilatéraux pour éliminer ou du moins réduire les effets négatifs d'une double imposition, et l'existence de tels accords entre le pays hôte et les pays d'origine des membres du consortium joue souvent un rôle dans leurs considérations fiscales.

11. Protection de l'environnement

58. On peut penser que les lois sur la protection de l'environnement ont un impact direct sur la mise en œuvre des projets d'infrastructure à différents niveaux. Pour l'exercice d'un certain nombre d'activités commerciales, ces lois exigent souvent une autorisation préalable qui peut être particulièrement rigoureuse pour certains types d'infrastructures (par exemple, traitement des eaux usées, collecte des déchets). Il faut souvent des autorisations

³Le texte de la Loi type a été adopté par la Commission à sa trentième session (Vienne, 12-30 mai 1997) et figure à l'annexe I du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trentième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément N° 17 (A/52/17)*).

et des permis pour entreprendre des travaux de construction ou mettre en place certaines structures matérielles. Le refus d'une autorisation environnementale peut dans certains cas faire obstacle à l'exécution de l'ensemble du projet.

59. Il est donc souhaitable de faire preuve du maximum de clarté possible dans les dispositions concernant les tests que peuvent appliquer les responsables de la protection de l'environnement, les obligations documentaires et autres auxquelles doivent satisfaire les demandeurs, les conditions dans lesquelles les autorisations doivent être délivrées, les circonstances qui justifient le refus ou le retrait d'une autorisation et les procédures d'appel et de recours judiciaires, le cas échéant, dont disposent les demandeurs. Il peut également être indiqué de s'assurer dans la mesure du possible, avant l'attribution définitive du projet, que les conditions d'obtention de telles autorisations sont réunies (voir par. 22 à 27). Dans certains pays, des organismes publics spéciaux ou des groupes de défense peuvent avoir le droit d'engager une action en justice en vue de prévenir des atteintes à l'environnement, notamment en essayant de faire retirer une autorisation considérée incompatible avec les normes de protection en vigueur. Certains de ces pays ont jugé utile de faire participer des représentants du public à la procédure conduisant à la délivrance d'autorisations environnementales.

60. D'autres problèmes peuvent se poser dans le cadre du droit de l'environnement du pays hôte lorsque la société de projet reprend une infrastructure existante, en particulier si la question de la responsabilité en matière de préjudice écologique causé par une industrie du secteur public avant sa privatisation n'a pas été clarifiée. Les investisseurs privés peuvent être réticents à reprendre une infrastructure existante ou à acheter des actions dans des entreprises de services publics qui peuvent être appelées à l'avenir à verser des indemnisations ou à prendre des mesures de remise en état pour des dommages qu'elles ont causés à l'environnement avant leur privatisation. Il peut donc être souhaitable de mettre en place des mécanismes d'indemnisation des investisseurs privés pour le cas où leur responsabilité serait engagée à la suite d'atteintes à l'environnement causées pendant la période d'exploitation par l'État.

12. Règlement des différends

61. Un autre élément important pour la mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé est le cadre juridique du pays hôte pour le règlement des différends (voir chap. XI, "Règlement des différends", ...). Les investisseurs, entrepreneurs et prêteurs peuvent être encouragés à participer à des projets dans les pays ayant un environnement juridique accueillant et internationalement acceptable pour le règlement des différends, comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. L'efficacité du système judiciaire national, la rapidité des procédures judiciaires et l'existence de formes de recours adaptées aux différends commerciaux sont des facteurs supplémentaires à prendre en considération. La possibilité de reconnaître et d'exécuter des sentences arbitrales étrangères, qui sera favorisée par l'adhésion à la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) est particulièrement importante.

62. L'adhésion à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 1965) permet de disposer d'un cadre pour le règlement des litiges entre les autorités du pays hôte et les sociétés étrangères participant à un consortium de projet (voir chap. XI, "Règlement des différends", ...). Cette Convention, à laquelle ont adhéré jusqu'ici 139 États, a créé le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), qui fournit des services pour la conciliation et l'arbitrage des différends entre pays membres et investisseurs considérés comme nationaux d'autres pays membres. Le recours à la conciliation et à l'arbitrage du CIRDI est volontaire. Toutefois, lorsque les parties à un contrat ou à un différend ont consenti à se soumettre à un arbitrage dans le cadre de cette convention, aucune ne peut retirer unilatéralement son consentement. Aux termes de la Convention, tous les membres du CIRDI, parties ou non au différend, doivent reconnaître et appliquer les sentences arbitrales qui sont rendues. Le CIRDI est une organisation internationale autonome qui a des liens étroits avec la Banque mondiale.

C. Législation nationale et accords internationaux

63. Outre la législation interne du pays hôte, les accords internationaux auxquels est partie ce pays peuvent avoir un effet sur les projets d'infrastructure à financement privé. Les implications d'un certain nombre d'accords internationaux sont brièvement examinés ci-dessous.

1. Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges

64. Un certain nombre d'accords multilatéraux ont été négociés pour promouvoir le libre-échange au niveau mondial, les plus notables d'entre eux sous les auspices de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), puis de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ces accords peuvent comporter des dispositions générales sur la promotion des échanges et la facilitation des échanges de marchandises (par exemple, une clause de la nation la plus favorisée, l'interdiction de l'application de restrictions quantitatives et d'autres barrières commerciales discriminatoires) et sur la promotion de pratiques commerciales équitables (par exemple, interdiction du dumping et limites à l'utilisation de subventions). Certains accords spécifiques visent à supprimer les obstacles à la fourniture de services par des étrangers dans les États contractants ou à promouvoir la transparence et à éliminer la discrimination des fournisseurs dans les marchés publics. Ces accords peuvent être importants pour une législation nationale relative aux projets d'infrastructure à financement privé qui envisage des restrictions à la participation de sociétés étrangères aux projets d'infrastructure, ou établit des préférences pour les entités nationales ou pour l'achat de fournitures sur le marché local.

2. Accords internationaux sur des industries particulières

65. Le secteur des télécommunications est régi actuellement par des engagements internationaux particuliers sur les questions de structure du marché, de concurrence et de réglementation. Dans le contexte des négociations sur les télécommunications de base conclues dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (GATS), un certain nombre d'États membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), représentant la majorité du marché mondial des services de télécommunications, ont pris des engagements spécifiques pour faciliter les échanges de services de télécommunications. D'autres pays membres de l'OMC peuvent encore prendre des engagements spécifiques, ceux qui l'ont déjà fait peuvent proposer des améliorations à tout moment, et les nouveaux membres peuvent être priés, dans le cadre des négociations d'adhésion, d'inclure des engagements spécifiques en matière de télécommunications.

66. Il convient de noter que tous les États membres de l'OMC (même ceux qui n'ont pas pris d'engagements spécifiques en matière de télécommunications) sont liés par les règles générales du GATS sur les services, y compris les obligations spécifiques traitant du traitement de la nation la plus favorisée, de la transparence, de la réglementation, des monopoles et des pratiques commerciales. L'accord de l'OMC sur les communications ajoute des engagements propres à des secteurs et à des pays et à l'accord global du GATS. Caractéristiques sont les engagements portant sur l'ouverture de divers segments du marché, parmi lesquels la téléphonie vocale, la transmission de données et les services améliorés, à la concurrence et à l'investissement étranger. Les législateurs des États membres actuels ou futurs de l'OMC assureraient ainsi que les lois du pays sur les communications sont compatibles avec le GATS et leurs engagements spécifiques en matière de télécommunications.

67. Un autre accord sectoriel important au niveau international est le Traité relatif à la Charte européenne de l'énergie conclu à Lisbonne le 17 décembre 1994 et entré en vigueur le 16 avril 1998, qui vise à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie. Ce traité prévoit diverses mesures commerciales comme le développement de marchés ouverts et concurrentiels pour les matériaux et produits énergétiques, la facilitation du transit et l'accès à la technologie énergétique ainsi que son transfert. Il vise en outre à éviter les perturbations du marché et les obstacles à l'activité économique dans le secteur énergétique et encourage l'ouverture de marchés de capitaux pour stimuler les flux de capitaux afin de financer les échanges de matériaux et de produits économiques.

Il contient également des règlements sur la promotion et la protection de l'investissement : conditions équitables pour les investisseurs, transferts monétaires liés aux investissements, indemnisation pour pertes dues à la guerre, aux troubles civils ou autres événements similaires, et indemnisation en cas d'expropriation.

* * * * *