

**Assemblée générale**

Distr. GÉNÉRALE

A/CN.9/458/Add.5
17 février 1999FRANÇAIS
Original: ANGLAISCOMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente-deuxième session
Vienne, 17 mai-4 juin 1999**PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ**Projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privéRapport du Secrétaire généralAdditif**Chapitre IV. L'ACCORD DE PROJET****TABLE DES MATIÈRES**

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Recommandations concernant la législation	-	2
Notes sur les recommandations concernant la législation	1-67	4
A. Considérations générales	1-8	4
1. L'accord de projet dans la législation	2-4	4
2. Conclusion de l'accord de projet	5-8	4
B. Conditions fondamentales de l'accord de projet	9-67	5
1. Arrangements financiers	10-21	6
2. Site du projet	22-27	9
3. Servitudes	28-31	11
4. Sûretés	32-40	11
5. Statut juridique du concessionnaire	41-51	13
6. Cession de la concession	52-55	16
7. Cessibilité des actions de la société de projet	56-63	17
8. Durée de l'accord de projet	64-67	18

RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

Conclusion de l'accord de projet (voir par. 5 à 8)

1) Le pays hôte voudra peut-être adopter des dispositions tendant à simplifier les procédures applicables à la conclusion de l'accord de projet et indiquer à l'avance les bureaux ou organismes compétents pour approuver et signer l'accord de projet.

Arrangements financiers (voir par. 10 à 21)

2) Le pays hôte voudra peut-être stipuler:

a) Que les ouvrages pourront être financés jusqu'à concurrence des montants et aux conditions déterminés par le concessionnaire et qu'à cette fin, celui-ci peut en particulier émettre des obligations, actions et autres titres et garantir ledit financement en constituant une sûreté sur l'un quelconque de ses biens;

b) Que l'accord de projet doit indiquer les tarifs ou droits d'utilisation que le concessionnaire peut percevoir pour l'utilisation de l'ouvrage ou des services qu'il fournit et indiquer la méthode et les formules à appliquer pour réviser lesdits tarifs ou droits d'utilisation;

c) Que l'accord de projet doit prévoir des tarifs ou droits d'utilisation de nature à permettre au soumissionnaire de recouvrer le capital investi et de couvrir ses frais d'exploitation et de maintenance et de réaliser un bénéfice raisonnable.

3) Le pays hôte voudra peut-être en outre stipuler:

a) Que l'autorité contractante est habilitée, lorsqu'il y a lieu, à autoriser des paiements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des droits que doivent acquitter les usagers;

b) Que l'autorité compétente est habilitée, lorsqu'il y a lieu, à prendre des engagements concernant l'achat de quantités déterminées de biens ou de services.

Site du projet (voir par. 22 à 27)

4) Le pays hôte voudra peut-être stipuler:

a) Que l'accord de projet devra spécifier, selon qu'il conviendra, les avoirs qui demeureront la propriété de l'autorité contractante ou d'autres organismes gouvernementaux et les catégories d'avoirs qui demeureront la propriété privée du concessionnaire;

b) Que l'expropriation des terrains éventuellement requis pour la réalisation de projets d'infrastructure à financement privé devrait être réalisée selon la procédure la plus efficace disponible en vertu de la législation du pays hôte.

Servitudes (voir par. 28 à 31)

5) Le pays hôte voudra peut-être adopter des dispositions législatives indiquant les servitudes dont pourra avoir besoin le concessionnaire.

Sûretés (voir par. 32 à 40)

6) Le pays hôte voudra peut-être stipuler:

- a) Que le concessionnaire peut constituer une sûreté sur l'un quelconque de ses droits sur l'ouvrage;
- b) Que le concessionnaire peut garantir tout financement en gageant les recettes effectives ou attendues de l'exploitation de la concession.

Statut juridique du concessionnaire (voir par. 41 à 51)

- 7) Le pays hôte voudra peut-être stipuler que les soumissionnaires retenus devront constituer une personne morale indépendante ayant son siège dans le pays, sauf dans les cas où l'autorité contractante aura autorisé une dérogation à cette règle.
- 8) Si le soumissionnaire doit constituer une personne morale indépendante, le pays hôte voudra peut-être stipuler que l'accord de projet devra indiquer:
 - a) La forme de cette entité et son capital minimum;
 - b) Les procédures à suivre pour obtenir de l'autorité contractante l'approbation de toute modification fondamentale des statuts de la société concessionnaire, ladite approbation ne pouvant être refusée que pour des motifs raisonnables.

Cession de la concession (voir par. 52 à 55)

- 9) Le pays hôte voudra peut-être stipuler que l'accord de projet doit indiquer les conditions dans lesquelles l'autorité contractante peut consentir à la cession d'une concession, conditions qui peuvent notamment être les suivantes:
 - a) L'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations découlant de l'accord de projet;
 - b) La production par le nouveau concessionnaire de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour pouvoir fournir le service.

Cessibilité des actions de la société de projet (voir par. 56 à 63)

- 10) Le pays hôte voudra peut-être stipuler que la cession de parts du capital de la société concessionnaire pourra être sujette à l'assentiment de l'autorité contractante si:
 - a) Le concessionnaire détient des biens du domaine public ou des biens qu'il est tenu de remettre à l'autorité contractante à l'expiration de la période de concession; ou
 - b) Le concessionnaire a reçu ou a bénéficié de prêts, subventions, apports de fonds ou autres formes de soutien financier direct des pouvoirs publics.

Durée de l'accord de projet (voir par. 64 à 67)

- 11) Le pays hôte voudra peut-être stipuler que toutes les concessions doivent être de durée limitée, laquelle devra être spécifiée dans l'accord de projet, compte tenu de la nature et du montant des investissements que doit effectuer le concessionnaire.

NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

A. Considérations générales

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

1. L'accord de projet dans la législation

2. L'accord de projet est l'instrument par l'entremise duquel les pouvoirs publics exercent leurs pouvoirs de confier à un concessionnaire la responsabilité de réaliser un projet d'infrastructure (voir le chapitre premier, "Considérations générales sur la législation", ____). Il existe par conséquent une corrélation intrinsèque entre l'accord de projet et la législation du pays hôte régissant l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé ou, de manière plus générale, la prestation de services publics. Les législations nationales contiennent souvent des dispositions réglementant le contenu de l'accord de projet. Dans ce contexte, l'on peut identifier trois approches différentes. Si la législation de certains pays se borne à mentionner la nécessité d'un accord entre le concessionnaire et l'autorité contractante, celles d'autres pays contiennent des dispositions détaillées d'ordre public relatives au contenu des clauses devant figurer dans l'accord. Il y a enfin la législation des pays qui – approche intermédiaire – énumère les questions qui doivent être réglées dans l'accord de projet sans réglementer en détail le contenu des clauses de celui-ci.

3. Le fait de prévoir des dispositions législatives régissant certains aspects fondamentaux de l'accord de projet présente l'avantage de mettre en place un cadre général de répartition des droits et des obligations entre les parties. Ces dispositions peuvent avoir pour but d'uniformiser certaines questions contractuelles et de donner des indications aux autorités gouvernementales chargées de négocier les accords de projet aux différents niveaux de l'administration (national, provincial ou local). Elles peuvent être particulièrement utiles aux autorités contractantes qui n'ont pas l'expérience de ce genre de négociations. Certains pays peuvent aussi estimer que l'existence de prescriptions légales concernant certains éléments de l'accord peut améliorer la position de négociation de l'autorité contractante face au concessionnaire. Enfin, il faut dans certains cas qu'un texte législatif confère à l'autorité contractante le pouvoir de souscrire à certaines conditions de l'accord.

4. L'inconvénient que peut présenter le fait de prévoir des dispositions législatives détaillées sur les droits et obligations des parties est que l'autorité contractante et le concessionnaire peuvent se trouver privés de la latitude dont ils ont besoin pour négocier entre eux un accord adapté aux exigences et aux particularités du projet considéré. Il est donc souhaitable de limiter la portée des dispositions législatives concernant l'accord de projet au strict minimum et de les borner par exemple aux questions pour lesquelles il faut prévoir un texte d'habilitation, qui mettent en cause les intérêts de tiers ou qui touchent à des considérations fondamentales de politique générale auxquelles il ne peut être dérogé par voie conventionnelle.

2. Conclusion de l'accord de projet

5. Pour des projets aussi complexes que des projets d'infrastructure, il n'est pas inhabituel que les négociations entre les parties se poursuivent plusieurs mois avant que celles-ci soient prêtes à signer l'accord de projet. Il a été relevé un certain nombre d'éléments qui retardent les négociations, par exemple le manque d'expérience des parties, le manque de coordination entre différents organes gouvernementaux, les incertitudes entourant l'appui pouvant être attendu des pouvoirs publics ou la difficulté qu'il peut y avoir à

constituer une sûreté acceptable pour les prêteurs¹. Pour éviter de retarder inutilement la conclusion de l'accord de projet, il est bon de prévoir d'avance des règles indiquant clairement quels sont les personnes ou les services habilités à prendre des engagements au nom de l'autorité contractante (et, le cas échéant, d'autres organismes gouvernementaux) aux différentes étapes de la négociation ainsi qu'à signer l'accord de projet. Dans le cas de projets faisant intervenir des services ou organismes appartenant à différents niveaux de l'administration (par exemple national, provincial ou local) où il n'est peut-être pas possible d'identifier à l'avance tous les services compétents et tous les organismes intéressés, il pourra être nécessaire d'adopter d'autres mesures pour assurer une coordination appropriée entre eux (voir le chapitre premier, "Considérations générales sur la législation", ____).

6. Par ailleurs, les pouvoirs publics peuvent beaucoup faciliter les choses en donnant des indications appropriées aux négociateurs qui agissent au nom de l'autorité contractante. Mieux les parties s'entendront sur les questions à régler dans l'accord de projet, et plus elles auront de chances de mener à bien ces négociations. Inversement, lorsque des questions importantes restent en suspens après le processus de sélection et qu'il n'est guère donné d'indications aux négociateurs quant à la substance de l'accord de projet, l'on risque fort que les négociations se prolongent et que l'on se plaigne, non sans raison, que le processus de sélection n'a pas été suffisamment transparent et compétitif (pour plus amples détails, voir le chapitre III, "Sélection du concessionnaire", ____).

7. Indépendamment des dispositions pratiques à prendre pour faciliter la négociation de l'accord de projet, il importe d'étudier les mesures qui pourraient être adoptées pour accélérer sa conclusion. Ainsi, les législations nationales de certains pays prescrivent certaines des formalités auxquelles sont subordonnées la conclusion et l'entrée en vigueur de l'accord de projet. Dans certains pays, les conditions de l'accord négocié entre l'autorité contractante et le soumissionnaire retenu peuvent être sujettes à l'approbation d'une autorité supérieure. Dans d'autres pays encore, l'entrée en vigueur de l'accord de projet ou de certaines catégories d'accords de projet est subordonnée à une décision du Parlement, ou même à l'adoption d'une loi spéciale.

8. Soucieux de faire avancer rapidement les choses et d'éviter ce que les retards peuvent avoir de préjudiciable, certains pays délèguent par voie législative le pouvoir d'engager la signature de l'État ou de l'autorité contractante, selon le cas, à certains fonctionnaires déterminés, de sorte que l'accord de projet entre en vigueur dès sa signature ou dès l'achèvement de certaines formalités, comme la parution du texte au Journal officiel. Dans les pays où cette procédure est inapplicable ou dans lesquels une autre instance encore doit donner son approbation finale, il est recommandé de chercher les moyens d'éviter tout temps mort. Il ne faut pas oublier que l'éventualité que le projet n'aboutisse pas alors que les négociations sont terminées parce qu'il manquerait une approbation est un risque que le concessionnaire n'est pas disposé à assumer. Lorsque les conditions de cette approbation sont jugées arbitraires ou trop lourdes, les pouvoirs publics peuvent être priés de donner au concessionnaire ou aux bailleurs de fonds des garanties suffisantes pour les mettre à l'abri de ce risque (voir chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____). Dans certains pays où cette approbation est nécessaire, les pouvoirs publics ont parfois consenti, dans l'accord de projet, à défrayer le concessionnaire de toutes dépenses qu'il a engagées si le projet n'a pas obtenu l'approbation finale pour des raisons indépendantes de la volonté du concessionnaire lui-même.

B. Conditions fondamentales de l'accord de projet

9. Les accords de projet sont d'ordinaire des documents fort longs, qui traitent en détail de questions très variées, d'ordre général ou propres au projet considéré. L'on trouvera ci-après une analyse des incidences que peuvent avoir les législations nationales qui réglementent des dispositions apparemment fondamentales des accords de projet, c'est-à-dire celles qui définissent les principales obligations financières des parties, la nature des droits accordés au concessionnaire, le site du projet, la propriété des avoirs affectés au projet, le statut juridique du concessionnaire et la durée du projet.

¹Pour une analyse des questions qui peuvent affecter l'enveloppe financière, voir Société financière internationale, *Financing Private Infrastructure*, Washington, 1996, p. 37.

1. Arrangements financiers

10. Les arrangements financiers sont au cœur même de l'accord de projet. Ils concernent habituellement les obligations qui incombent au concessionnaire de mobiliser des fonds pour l'exécution du projet, les mécanismes applicables au décaissement des fonds et à la comptabilité, aux méthodes de calcul et de révision des prix perçus par le concessionnaire et les types de sûreté qui peuvent être constituées au profit des créanciers du concessionnaire. Il importe, lors de la rédaction de ces dispositions, de veiller à ce qu'elles soient conformes avec les accords de prêt et les autres engagements financiers pris par le concessionnaire. Il faut en outre veiller à ce que la législation du pays hôte facilite, plutôt que d'entraver, la gestion financière du projet.

a) Obligations financières du concessionnaire

11. Dans le cas de projets d'infrastructure à financement privé, il incombe habituellement au concessionnaire de mobiliser un financement suffisant pour l'exécution du projet. Le plus souvent, l'autorité contractante ou les organismes gouvernementaux intéressés sont désireux de limiter leurs obligations financières à celles qui sont expressément prévues dans l'accord de projet ou aux formes de soutien direct que les pouvoirs publics se sont engagés à fournir pour la réalisation du projet (voir le chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____).

12. L'apport de capitaux privés des actionnaires du concessionnaire ne représente habituellement qu'une petite partie du total de l'investissement envisagé. Une proportion bien plus importante de cet investissement provient de prêts accordés au concessionnaires par des banques commerciales et du produit de l'émission d'obligations et d'autres instruments sur les marchés des capitaux (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ____). Il est donc bon que la législation confirme le pouvoir du concessionnaire de prendre les arrangements financiers qu'il juge appropriés pour financer l'ouvrage. Il importe en outre de veiller à ce que la législation du pays hôte ne limite pas à l'excès la capacité du concessionnaire de conclure des arrangements de financement nécessaires, par exemple en limitant sa capacité d'offrir une sûreté adéquate à ses bailleurs de fonds (voir par. 32 à 40).

13. Les fonds provenant de l'émission d'obligations et d'autres instruments peuvent constituer une source de financement substantiel pour les projets d'infrastructure. Ces instruments pourront être émis par le concessionnaire lui-même, auquel cas les investisseurs qui achètent les titres deviendront ses créanciers, ou bien être émis par un tiers auquel ont été cédés les droits sur les recettes provenant du projet (voir par. 39) par le biais d'un mécanisme appelé "titrisation". La titrisation consiste à créer une sûreté garantie par les recettes du projet, qui sont gagées pour rembourser le principal et payer les intérêts sur ces sûretés. Les opérations de titrisation conduisent habituellement à créer une personne morale distincte du concessionnaire dans le but exprès de garantir les avoirs sous recettes escomptées. Le concessionnaire subroge cette entité dans ses droits sur les recettes escomptées du projet, et ladite entité, à son tour, vend aux investisseurs des instruments porteurs d'intérêt qui sont garantis par les recettes provenant du projet. Les porteurs d'obligations titrisés acquièrent ainsi un droit sur les recettes tirées par le concessionnaire de ses transactions avec ses clients. Le concessionnaire perçoit les droits d'utilisation des clients et vire les fonds ainsi recueillis à l'entité spéciale, laquelle la transfère aux porteurs d'obligations titrisés. Certains pays ont récemment promulgué des lois reconnaissant expressément la faculté du concessionnaire de subroger une entité spéciale dans ses droits sur les recettes attendues du projet, ladite entité étant chargée de détenir et de gérer ces fonds à titre fiduciaire dans l'intérêt des créanciers du concessionnaire. Afin de protéger les porteurs d'obligations contre le risque d'insolvabilité du concessionnaire, il peut y avoir lieu pour les pays d'adopter les mesures législatives nécessaires afin de permettre une séparation juridique du concessionnaire et de l'entité spéciale.

b) Faculté du concessionnaire de percevoir des droits pour la prestation de services publics

14. Dans différents pays, il se peut qu'une autorisation préalable du législateur soit nécessaire pour qu'un concessionnaire soit autorisé à percevoir des droits pour la prestation de services publics ou pour l'utilisation d'ouvrages publics. Il conviendra par conséquent que la législation des États contienne des dispositions

générales autorisant l'autorité contractante et le concessionnaire à s'entendre sur des modalités appropriées de rémunération de ce dernier, y compris la possibilité pour celui-ci de percevoir des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services ou biens qu'il fournit. Dans certains pays, l'absence d'une telle disposition législative générale a donné lieu à des actions en justice contestant le pouvoir du concessionnaire de percevoir un droit en contrepartie du service fourni.

15. Outre la reconnaissance générale de la possibilité pour le concessionnaire de percevoir un droit pour la prestation de services publics ou pour l'utilisation d'ouvrages publics, il importe de prendre en considération les tarifs et les prix que le concessionnaire peut appliquer. Les tarifs et les prix perçus par le concessionnaire peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante (voir par. 17 à 21) ou des pouvoirs publics (voir le chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____), peuvent être la principale – et parfois même la seule – source de recettes permettant de couvrir les investissements effectués pour le projet. Le concessionnaire cherchera donc à être autorisé à fixer et à maintenir ces tarifs et ces prix à un niveau de nature à garantir la génération de liquidités adéquates pour le projet. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, la latitude accordée au concessionnaire d'établir les tarifs et les prix peut être limitée. Les coûts auxquels les services publics sont fournis constituent généralement l'un des aspects de la politique d'infrastructure de l'État et intéressent directement de vastes secteurs de la population. De nombreux pays, par conséquent, réglementent spécialement les tarifs et les prix pouvant être perçus pour la prestation de services publics (voir le chapitre V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ____). En outre, dans certains systèmes juridiques, les dispositions légales ou les règles générales du droit définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en stipulant que les prix doivent être "raisonnables", "équitables" ou "justes".

16. Les dispositions réglementant les tarifs et les prix que le concessionnaire peut percevoir, lorsqu'elles sont jugées nécessaires, devront tendre à concilier les intérêts des investisseurs et ceux des usagers actuels et futurs. Il conviendra que les critères fixés par la loi pour la détermination de ces prix tiennent compte, indépendamment des facteurs sociaux auxquels le gouvernement attache de l'importance, de la nécessité pour le concessionnaire de générer des liquidités suffisantes pour garantir la viabilité économique et la rentabilité commerciale du projet. Cela étant, il sera bon que la législation reconnaisse que l'un des éléments essentiels d'un tarif équitable est qu'il doit permettre de recouvrer le capital investi et de couvrir le frais d'exploitation et de maintenance tout en générant un bénéfice raisonnable. En outre, il est bon d'autoriser les parties à négocier des arrangements appropriés, y compris en matière d'indemnisation, pour les cas où une réglementation directe ou indirecte des prix de la prestation des services publics risque d'aboutir à des prix inférieurs à ce qu'ils devraient être pour que le projet puisse être exploité rentablement (voir le chapitre V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ____).

c) **Obligations financières de l'autorité contractante**

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

i) **Versements directs**

18. Certains pays ont eu recours à la formule de versements directs par l'autorité contractante pour remplacer ou compléter les droits perçus des usagers, en particulier dans le cas de projets de construction de routes à péage, au moyen d'un mécanisme connu sous le nom de "péage virtuel". Dans le cas d'une formule de "péage virtuel", le concessionnaire assume l'obligation de construire, financer et exploiter une route ou un autre moyen de transport pendant un certain nombre d'années en contrepartie de versements périodiques en remplacement ou en sus des péages que paieraient ou paient effectivement les usagers. Une telle formule de "péage virtuel" peut être utilisée pour tenir compte des risques propres au projet dans le secteur des

transports, et en particulier le risque d'une circulation moindre que prévu (voir le chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____). En outre, la formule de "péage virtuel" peut être politiquement plus acceptable qu'un péage proprement dit, par exemple s'il y a lieu de craindre que la perception de péages suscite des protestations des usagers de la route.

19. Ce mécanisme de "péage virtuel" peut supposer des dépenses substantielles pour l'autorité contractante et exiger de celle-ci une surveillance étroite. Dans les pays qui ont utilisé de tels systèmes pour la réalisation de nouveaux projets routiers, les versements effectués au concessionnaire par l'autorité contractante sont calculés essentiellement sur la base de la circulation effective, mesurée en véhicules-kilomètres. Il convient habituellement de stipuler que ces versements ne commenceront que lorsque la route sera ouverte à la circulation, de sorte que le concessionnaire soit encouragé à mettre la route en service dès que possible. Simultanément, l'on a jugé utile de calculer le montant des versements sur la base de la circulation effective pendant toute la période de la concession, de sorte que le concessionnaire soit également encouragé à faire en sorte que, pendant cette période, les travaux de réparation nécessaires perturbent au minimum la circulation. À défaut, l'accord de projet peut contenir une clause prévoyant l'application d'une pénalité forfaitaire si les travaux de réparation conduisent à fermer des voies de circulation. Les systèmes de paiement utilisés dans certains pays sont plus perfectionnés et subdivisent la circulation en un certain nombre de "plages" caractérisées par des densités différentes de circulation selon la période de l'année et des versements variables par véhicule, ceux-ci étant plus élevés lorsque la circulation diminue et inversement. Ces plages elles-mêmes peuvent être accrues périodiquement pour suivre l'augmentation prévisible de la circulation. Des plages distinctes peuvent être fixées selon la longueur du véhicule. Habituellement, le concessionnaire est tenu de procéder à un recensement continu de la circulation pour calculer le nombre de véhicules-kilomètres annuels, qui est vérifié périodiquement par l'autorité contractante. Il existe aussi des systèmes mixtes combinant des péages virtuels et des péages acquittés directement par les usagers; en pareil cas, les péages virtuels ne sont payés par l'autorité contractante que si, pendant une certaine période, la circulation tombe en dessous du seuil dont il a été convenu qu'il représente le minimum nécessaire à une exploitation rentable de la route.

ii) Engagements d'achat

20. Dans le cas de projets d'infrastructure à financement privé qui génèrent des biens ou des services pouvant être fournis sur une base à long terme à un acheteur identifiable, des arrangements contractuels garantissant l'achat de l'ensemble ou d'une partie minimum convenue de la production de l'ouvrage peuvent contribuer à réduire les risques que des fluctuations défavorables de la demande des prix risquent de représenter pour le concessionnaire. Lorsque l'autorité contractante ou un autre organisme gouvernemental est le seul client pour les biens ou les services fournis par le concessionnaire, la législation stipule parfois que ces organismes ont l'obligation d'acheter, sur la base d'un tarif convenu, tous les deux des services offerts par le concessionnaire. Les contrats de ce type sont habituellement appelés "contrats d'enlèvement" et sont souvent, mais pas seulement, utilisés pour encourager la génération d'énergie par des producteurs indépendants. Ces contrats d'enlèvement prévoient souvent deux types de paiements: des paiements visant à rémunérer la mise à disposition de la capacité de production et des paiements fondés sur la consommation effective. Dans le cas d'un projet de génération d'électricité, par exemple, le contrat d'achat pourra prévoir les droits suivants:

a) *Droits de capacité.* Ces droits sont dus quelle que soit la production effective pendant la période de facturation et sont fixés à un niveau suffisant pour couvrir tous les coûts fixes encourus par le concessionnaire pour financer et exploiter la centrale, y compris le service de la dette et les autres frais financiers récurrents, les frais fixes d'exploitation et de maintenance et un certain bénéfice. Le paiement des droits de capacité est souvent subordonné à l'observation de certaines normes de performance ou de disponibilité;

b) *Droits de consommation.* Ce droits ne sont pas censés couvrir l'intégralité des coûts fixes du concessionnaire mais plutôt rémunérer les coûts variables ou marginaux que le concessionnaire doit assumer pour générer et livrer une unité donnée du service ou du produit dont il s'agit (par exemple un kilowatt-heure

d'électricité). Les droits de consommation sont habituellement calculés de manière à couvrir les frais d'exploitation variables du concessionnaire, comme les dépenses afférentes au combustible consommé pendant l'exploitation de la centrale, les coûts de l'épuration des eaux et le coût des fournitures consommables. Les paiements variables sont souvent liés aux frais d'exploitation variables du concessionnaire lui-même ou à un indice reflétant assez fidèlement l'évolution des coûts d'exploitation.

21. Du point de vue du concessionnaire, un mécanisme de paiements combinant des droits de capacité et des droits de consommation est particulièrement utile dans la mesure où il garantit la couverture de ses coûts tout en lui donnant le monopole de la transmission ou de la distribution de ses biens ou services. Toutefois, les droits de capacité prévus par un contrat d'enlèvement doivent tenir compte des autres sources de génération auxquelles peut avoir recours l'autorité contractante ou qu'elle utilise effectivement. Des droits de capacité élevés grèvent la capacité d'achat de l'autorité contractante et accroissent le risque de défaillances ou de résiliation du contrat, par exemple pour des motifs d'intérêt public. Si l'on veut que des fonds soient à tout moment disponibles pour permettre à l'autorité contractante de procéder aux paiements prévus par l'accord d'enlèvement, il y a lieu de déterminer si des dispositions budgétaires appropriées doivent être prises à l'avance. Les paiements dus au titre d'un contrat d'enlèvement peuvent être garantis par les autorités du pays hôte ou par un organisme national ou international de garantie (voir le chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", _____).

2. Site du projet

22. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit sur un terrain appartenant à l'autorité contractante ou qu'un ouvrage existant doit être modernisé ou rénové (projets "modernisation-exploitation-transfert" et "rénovation-exploitation-transfert"), c'est normalement à l'autorité contractante, en sa qualité de propriétaire du terrain ou de l'ouvrage, de mettre celui-ci à la disposition du concessionnaire. L'autorité contractante cède souvent à celui-ci le titre de propriété du terrain ou de l'ouvrage, mais peut le conserver en donnant au concessionnaire un droit d'usage sur le terrain ou l'ouvrage et le droit d'y procéder à des travaux. Indépendamment de l'autorisation de caractère général que le législateur pourra être amené à accorder pour que l'autorité contractante puisse céder un bien relevant du domaine public au concessionnaire ou accorder à celui-ci le droit d'utiliser un tel bien (voir le chapitre premier, "Considérations générales sur la législation", _____), il importe de tenir compte du régime de propriété auquel seront soumises les différentes catégories d'avois nécessaires à la réalisation et à l'exploitation de projets d'infrastructure ainsi que les procédures à suivre pour l'acquisition du terrain ou de l'ouvrage s'il n'appartient pas déjà à l'autorité contractante.

a) Propriété des avois du projet

23. Dans certains pays, la législation stipule que les ouvrages nécessaires à la prestation des services publics demeurent la propriété de l'autorité contractante. Il se peut toutefois que le concessionnaire réalise pendant la durée du projet des travaux importants sur l'ouvrage initialement reçu de l'autorité contractante ou construit par lui. Le concessionnaire peut également acquérir différents autres avois qui, sans être indispensables ou rigoureusement nécessaires à la prestation du service dont il s'agit, peuvent permettre d'exploiter l'ouvrage plus commodément ou plus efficacement ou d'améliorer la qualité du service. Dans l'un et l'autre cas, des doutes peuvent surgir quant à la propriété des avois en question. Il faut être précis sur ce point afin de déterminer la nature et l'étendue des sûretés que le concessionnaire pourra constituer sur les avois du projet pour mobiliser les financements nécessaires (voir par. 34 à 36). Il faudra être précis aussi pour veiller à assurer un retour méthodique des avois à l'autorité contractante ou à un autre concessionnaire lors de l'expiration du projet dans le cas de projets de type "construction-exploitation-transfert" et de projets analogues (voir le chapitre VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", _____). Il se peut que la législation comporte une définition générale des catégories d'avois qui doivent normalement demeurer la propriété de l'autorité contractante ou d'un autre organisme gouvernemental ou qui doivent obligatoirement faire retour à l'autorité contractante, il n'est pas absolument nécessaire que la législation comporte des dispositions détaillées sur ce point. En fait, différents pays ont considéré qu'il était nécessaire de stipuler dans la législation que l'accord de projet doit, selon qu'il convient, spécifier les avois qui demeureront la propriété

de l'autorité contractante ou d'un autre organisme gouvernemental et ceux qui demeureront la propriété privée du concessionnaire.

c) Acquisition des terrains nécessaires à l'exécution du projet

24. Que l'ouvrage doive faire retour à l'autorité contractante ou qu'il doive rester définitivement la propriété du concessionnaire, il est souhaitable que les parties procèdent à un état des lieux au moment où il sont transférés au concessionnaire. Cette opération permet de réduire les litiges au moment où l'ouvrage est restitué à l'autorité contractante. L'accord de projet doit donc prévoir que les terrains et les ouvrages existants seront inspectés, métrés et délimités avant d'être remis au concessionnaire ou mis à sa disposition. Parmi les autres questions que règle normalement l'accord de projet figure celle des procédures de transfert des terrains ou ouvrages et celle de la production des pièces documentaires nécessaires.

25. La situation peut être plus complexe quand les terrains n'appartiennent pas à l'autorité contractante et qu'il faut donc les acheter à leurs propriétaires. Le plus souvent, le concessionnaire n'est pas le mieux placé pour assumer la responsabilité de cet achat. Il risque de craindre les retards et les dépenses que peuvent entraîner les négociations avec différents propriétaires, souvent nombreux, et, dans certaines régions du monde, les recherches à entreprendre dans le cadastre pour analyser tous les transferts de propriété précédents et établir ainsi la validité du titre des différents propriétaires. Habituellement, par conséquent, c'est l'autorité contractante qui assume la responsabilité de fournir les terrains nécessaires à la réalisation du projet de façon à éviter les retards inutiles ou le renchérissement du coût du projet que peut entraîner l'acquisition des terrains. L'autorité contractante peut acheter ces derniers à leurs propriétaires ou, si besoin est, les exproprier. La procédure d'expropriation de biens privés moyennant le versement d'une indemnisation appropriée à leurs propriétaires, conformément à la législation en vigueur dans le pays hôte et aux règles pertinentes du droit international, est appelée de différentes façons dans la législation interne des divers pays mais, dans le *Guide*, elle est qualifiée simplement d'"expropriation".

26. Lorsqu'il faut procéder par voie d'expropriation, diverses mesures préparatoires doivent être prises pour s'assurer que la mise en chantier ne sera pas retardée. Dans les pays où la législation prévoit plusieurs modalités d'expropriation, il pourra être souhaitable de stipuler que toutes les évictions liées à un projet d'infrastructure à financement privé devront être réalisées par les voies les plus expéditives, par exemple la procédure spéciale de déclaration d'utilité publique que connaissent certains pays (voir le chapitre VII, "Droit applicable" ____).

27. Le droit d'expropriation est en général dévolu à la puissance publique, mais la législation de certains pays autorise aussi des établissements publics ou prestataires de services publics (sociétés nationales de chemins de fer, compagnies d'électricité ou de téléphone, etc.) à prendre certaines mesures d'expropriation des biens privés nécessaires de la fourniture au public ou au développement des services dont ils sont responsables. Dans les pays où l'indemnisation des propriétaires expropriés est réglée par les tribunaux, en particulier, il s'est révélé particulièrement utile de déléguer à la société concessionnaire le pouvoir d'entreprendre certaines démarches d'expropriation, l'État restant responsable de l'exécution des actes dont la loi fait une condition préalable à l'ouverture de la procédure d'expropriation. Au moment de l'expropriation, le titre foncier revient souvent à l'État, encore que, dans certains cas, la loi autorise l'autorité contractante et le concessionnaire à s'entendre sur des arrangements différents, compte tenu du partage entre elles du coût de l'expropriation.

3. Servitudes

28. Dans certains cas, il faut non seulement acquérir les terrains sur lesquels sera aménagé l'ouvrage, mais encore s'assurer que le concessionnaire pourra y avoir accès lorsque l'ouvrage est ainsi situé que, pour s'y rendre, il faut traverser la propriété de tiers. De par sa nature même, le projet peut obliger le concessionnaire à pénétrer sur des terrains appartenant à des tiers, par exemple pour installer des panneaux de signalisation sur les parcelles adjacentes, ériger des pylônes de transport électrique, mettre en place et entretenir des postes de transformation ou de commutation, émonder les arbres qui gênent les lignes téléphoniques sur les terrains

voisins, etc. Ce droit d'utiliser les biens de tiers à des fins précises ou pour y procéder à des travaux est dans le présent *Guide* qualifié du terme général de "servitudes".

29. Une servitude exige en général le consentement du propriétaire du terrain qu'elle grève, à moins qu'elle ne soit prévue par la loi. Sauf dans le cas où elle ne touche qu'un petit nombre de propriétés contiguës, il n'est en général ni rapide ni économique de laisser le concessionnaire l'acquérir directement auprès des propriétaires. Le plus souvent, ce sont les pouvoirs publics qui procèdent à l'opération en même temps qu'ils procèdent à l'expropriation du site lui-même. L'acquisition forcée de servitudes est habituellement subordonnée, pour l'essentiel, aux mêmes conditions que l'expropriation, à savoir l'existence d'un intérêt public et le paiement d'une indemnisation appropriée conformément aux règles en vigueur dans le pays hôte et aux règles pertinentes du droit international.

30. On peut songer à une solution quelque peu différente: la loi elle-même prévoit les types de servitude accordés au concessionnaire sans nécessairement exiger l'expropriation des terrains concernés. Cette solution peut s'appliquer dans le cadre de législations sectorielles, lorsque l'État pense être en mesure de déterminer à l'avance le minimum de servitudes qui seront nécessaires au concessionnaire. Par exemple, la loi régissant le secteur de la production de l'électricité peut fixer les conditions dans lesquelles le concessionnaire a le droit d'installer des lignes sur les terrains de tiers pour mettre en place et faire fonctionner ses installations de base et son réseau de distribution, ou d'entretenir, réparer ou enlever ces équipements, établir une zone de sécurité le long du parcours des lignes enterrées ou aériennes, ou encore faire disparaître les obstacles situés le long des lignes ou empiétant sur la zone de sécurité.

31. Dans certains systèmes juridiques, cependant, le concessionnaire peut être tenu de dédommager le propriétaire, comme s'il y avait eu expropriation, lorsque la nature de la servitude est telle qu'elle entraîne pour lui une perte de jouissance appréciable.

4. Sûretés

32. D'une manière générale, la constitution d'une sûreté sur les biens du débiteur donne au créancier privilégié essentiellement deux types de droits: un droit réel qui lui permet, en principe, de saisir ou de faire saisir par un tiers le bien grevé et de le vendre, et le droit d'être payé par priorité sur le produit de la vente du bien en cas de défaillance du débiteur. Selon la pratique financière habituelle, les prêteurs négocient des sûretés qui leur permettent de déclarer le débiteur défaillant et de prendre possession d'une entreprise qu'ils peuvent reprendre, soit pour l'exploiter de manière à la remettre sur pied et de la revendre le moment venu, soit pour la conserver indéfiniment et percevoir les revenus qu'elle engendre. En outre, une sûreté peut jouer un rôle défensif ou préventif en veillant à ce qu'au cas où une tierce partie acquerrait les opérations du débiteur (par suite, par exemple, de défaillance ou de faillite ou directement du débiteur), l'intégralité du produit résultant de la vente de ces avoirs soit affectée en priorité au remboursement de l'encours des prêts.

33. Les sûretés jouent un rôle de premier plan dans le financement des projets d'infrastructure, en particulier lorsque le financement est structuré selon la modalité du "financement sur recettes". Le dossier de financement d'un projet d'infrastructure à financement privé comporte habituellement des dispositions détaillées en matière de garanties, lesquelles comprennent à la fois une sûreté sur les biens corporels utilisés aux fins du projet et une sûreté sur les avoirs incorporels détenus par le concessionnaire. Certaines des principales conditions auxquelles doit répondre une sûreté pour qu'elle puisse véritablement jouer son rôle sont exposées ci-dessous.

a) Sûreté sur des biens corporels

34. La négociation des dispositions à prendre en matière de garantie pour que le concessionnaire puisse obtenir un financement pour le projet peut généralement être facilitée si la législation du pays hôte autorise expressément la constitution de sûretés sur les avoirs corporels qui constituent l'ouvrage d'infrastructure. Toutefois, il peut y avoir des obstacles juridiques à la constitution de telles sûretés, en particulier lorsque les avoirs demeurent la propriété de l'autorité contractante ou d'un autre organisme gouvernemental pendant toute

la durée du projet. Dans nombre de systèmes juridiques, le concessionnaire, s'il n'est pas investi du titre de propriété, ne sera pas autorisé à grever de tels avoirs ou n'aura qu'un droit limité de le faire.

35. Lorsqu'il existe des restrictions de ce type, la loi peut néanmoins faciliter la négociation d'une sûreté, par exemple en indiquant les types d'avoirs sur lesquels elle peut être constituée ou les types de sûretés qui sont autorisés. Dans certains systèmes juridiques, le concessionnaire auquel a été accordé un bail ou un droit d'utilisation de certains avoirs peut constituer une sûreté sur ce bail ou sur ce droit d'utilisation. En outre, il peut également être constitué des sûretés lorsque la concession englobe différents types de biens du domaine public, par exemple lorsqu'une société de chemins de fer, outre le droit d'utilisation de l'infrastructure publique, se voit accorder le titre de propriété des terrains adjacents (et pas seulement le droit de les utiliser).

36. Lorsqu'il est possible de créer une sûreté quelconque sur des avoirs appartenant à l'autorité contractante ou devant lui être retournés ou sur des avoirs sur lesquels l'autorité contractante a contractuellement une option d'achat (voir le chapitre VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ____), la législation peut subordonner le droit pour le concessionnaire de créer de telles sûretés à l'approbation de l'autorité contractante. Afin de faciliter la constitution de sûretés, il peut être utile, en pareilles situations, d'habiliter l'autorité contractante à donner une telle approbation en insérant une disposition générale à cet effet dans l'accord de projet plutôt que d'exiger des approbations spécifiques pour chacun des avoirs sur lesquels une sûreté est constituée.

b) Sûreté sur des avoirs incorporels

37. Dans le cas d'un projet d'infrastructure, le principal avoir incorporel est la concession elle-même, c'est-à-dire le droit du concessionnaire d'exploiter l'ouvrage ou de fournir les services dont il s'agit. Dans la plupart des systèmes juridiques, la concession donne à son titulaire le droit d'administrer l'ensemble du projet et de conserver par devers lui les recettes qu'il génère. Ainsi, la valeur de la concession dépasse de beaucoup la valeur globale de tous les avoirs corporels faisant partie du projet. Comme le titulaire de la concession a habituellement le droit de posséder et d'aliéner tous les avoirs affectés au projet (à l'exception, le cas échéant, de ceux qui appartiennent à d'autres parties, comme l'autorité contractante ou un autre organisme gouvernemental), la concession englobe habituellement des avoirs corporels ou incorporels aussi bien actuels que futurs. Les prêteurs peuvent par conséquent considérer la concession comme un élément essentiel de la sûreté négociée avec le concessionnaire. Le nantissement de la concession elle-même peut avoir différents avantages pratiques pour le concessionnaire et les prêteurs, en particulier dans le cas des systèmes juridiques qui, autrement, n'autoriseraient pas la constitution d'une sûreté sur l'ensemble des avoirs d'une société ou qui ne reconnaissent généralement pas des sûretés non possessoires (voir le chapitre VII, "Droit applicable", ____). Ces avantages peuvent notamment être d'éviter la nécessité de créer une sûreté distincte pour chacun des avoirs affectés au projet, de permettre au concessionnaire de continuer à utiliser ces avoirs dans ses activités normales et de permettre le nantissement de certains avoirs sans en transférer la possession effective aux créanciers. De plus, un nantissement de la concession peut permettre aux prêteurs, en cas de défaillance du concessionnaire, d'éviter qu'il soit mis fin au projet en reprenant la concession et en faisant poursuivre le projet par un autre concessionnaire. Un nantissement de la cession peut par conséquent compléter utilement ou, dans certaines circonstances, remplacer un accord direct entre les prêteurs et l'autorité contractante concernant les droits de subrogation des prêteurs (voir le chapitre V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ____).

38. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, certains obstacles peuvent empêcher le nantissement de la concession en l'absence d'autorisation expresse du législateur. Dans divers systèmes, des sûretés ne peuvent être constituées que sur des avoirs que le débiteur est libre d'aliéner. Comme, le plus souvent, le droit d'exploiter l'ouvrage n'est pas cessible sans le consentement de l'autorité contractante (voir par. 52 à 55), il se peut que certains systèmes juridiques empêchent le concessionnaire de constituer une sûreté sur la concession elle-même. Certains pays de tradition romaniste ont récemment publié des lois qui ont éliminé cet obstacle en créant une catégorie spéciale de sûretés, parfois désignées par des expressions comme "*hipoteca de concesión de obra pública*" ou "*prenda de concesión de obra pública*" ("hypothèque sur une concession de services publics" ou "nantissement de concession de services publics"), qui donnent généralement aux

prêteurs une sûreté exécutoire sur l'ensemble des droits accordés au concessionnaire par l'accord de projet. Pour protéger l'intérêt général, la loi stipule que toute mesure des prêteurs tendant à faire valoir ce droit, dans les conditions à convenir d'un commun accord entre l'autorité contractante et les prêteurs, est subordonnée au consentement de l'autorité contractante. Certains pays de *common law* ont trouvé une solution un peu plus limitée consistant à établir une distinction entre le droit non cessible de réaliser une certaine activité en vertu d'une licence de l'État (c'est-à-dire les "droits publics" découlant de la licence) et le droit de percevoir les droits produits par la licence (c'est-à-dire les "droits privés").

39. Dans les pays où il peut ne pas être juridiquement possible d'autoriser la constitution d'une sûreté sur la concession elle-même, la législation pourra utilement habiliter expressément le concessionnaire à constituer une sûreté sur les droits économiques découlant de la concession ou sur les recettes en provenant. Ces recettes sont habituellement les droits perçus du public pour l'utilisation de l'ouvrage (par exemple les péages sur une autoroute) ou le prix payé par les usagers des biens ou des services fournis par le concessionnaire (par exemple les redevances d'électricité). Elles peuvent également comprendre les recettes de concessions accessoires. Une telle sûreté est fréquente dans les contrats de financement négociés avec les prêteurs. Elle peut également faciliter beaucoup l'émission d'obligations et d'effets négociables par le concessionnaire. Des dispositions légales reconnaissant le droit du concessionnaire de nantir les recettes provenant de projets d'infrastructure ont été promulguées récemment dans plusieurs pays.

c) Nantissement des actions du concessionnaire

40. La constitution d'une sûreté sur les actions du concessionnaire soulève en principe les mêmes questions que la cession de la concession (voir par. 52 à 55). Lorsque la concession ne peut être cédée ni dévolue à un tiers sans le consentement de l'autorité contractante, la législation interdit parfois la constitution d'une sûreté sur les actions du concessionnaire. Il convient cependant de noter que le nantissement des actions du concessionnaire est une forme de sûreté que les prêteurs utilisent fréquemment pour le financement de projets et qu'une interdiction générale de ce procédé limite inutilement les capacités qu'a le concessionnaire de mobiliser des capitaux pour le projet. Il peut donc être souhaitable, comme pour les autres formes de sûretés, que la législation autorise les actionnaires du concessionnaire à constituer une telle sûreté, sous réserve de l'approbation préalable de l'autorité contractante, lorsque celle-ci doit également approuver la cession de parts dans la société concessionnaire (voir par. 62).

5. Statut juridique du concessionnaire

41. En général, l'accord de projet contient des dispositions fixant le statut juridique du concessionnaire et réglant la question de savoir s'il doit être constitué en personne morale indépendante ou si le marché peut être attribué à titre collectif à un consortium. De telles dispositions se trouvent fréquemment aussi dans la législation nationale régissant les projets d'infrastructure à financement privé.

42. Dans la pratique des affaires, un consortium est un dispositif contractuel dans le cadre duquel un groupe d'entreprises s'engage à collaborer à la réalisation d'un projet, mais sans se fondre en une personne morale indépendante. Les consortiums se forment très couramment dans l'industrie des travaux publics pour les grands travaux mobilisant des capitaux importants et exigeant des compétences techniques dans plusieurs domaines. Ils sont en général considérés comme une formation purement contractuelle qui n'a pas de personnalité juridique propre. Toutefois, il n'existe pas de régime juridique uniforme régissant les consortiums, lesquels peuvent relever de catégories différentes du droit des contrats et leur statut juridique ainsi que les droits et les obligations des sociétés qui les composent varient d'un système juridique à un autre.

43. La constitution d'un consortium de projets présente des avantages en ce qu'elle donne par exemple à ses membres plus de latitude pour traiter entre eux. Le souci d'éviter la double imposition peut également dissuader de créer une personne morale indépendante dans le pays hôte quand il n'existe pas de convention fiscale en la matière entre ce pays et celui ou ceux où les investisseurs étrangers ont leur résidence fiscale. Il peut y avoir des cas aussi où l'autorité contractante souhaite conserver la faculté d'engager un consortium

pour se doter d'une infrastructure en considération de l'ampleur ou de la nature du projet ou pour que tous les membres du consortium soient tenus solidairement responsables de la totalité de sa réalisation.

44. Pour les pays qui souhaitent se réserver cette faculté, la législation peut donner à l'entité adjudicatrice la possibilité d'attribuer le projet à un consortium ou d'exiger la constitution d'une personne morale indépendante par le consortium sélectionné, selon les exigences du projet. Quoi qu'il en soit, certaines questions devront être réglées dans l'accord de projet et des négociations approfondies et des dispositions détaillées seront sans doute nécessaires pour assurer la coordination voulue entre les membres du consortium et la liaison avec l'autorité contractante, et préciser l'étendue des responsabilités et des obligations de chacun des membres du consortium en ce qui concerne l'exécution du projet².

45. Le plus souvent, toutefois, la législation exige que le concessionnaire soit une personne morale indépendante. Du point de vue de l'autorité contractante, cela facilite la coordination des travaux relatifs aux projets et offre un mécanisme de protection des intérêts de celui-ci, qui ne coïncident pas forcément avec les intérêts particuliers de chacun des membres du consortium. Cette considération peut être d'autant plus déterminante que les services ou les biens que ses membres doivent fournir sont plus importants. Comme en général une bonne part de éléments du passif et des obligations du concessionnaire, y compris à long terme (accord de projet, accords de prêts, garanties, marchés de travaux de construction), se décident assez tôt, il est bon pour le concessionnaire d'avoir une personnalité indépendante dès le moment où ces instruments sont négociés.

46. Souvent, la législation du pays hôte exige que les entités auxquelles il est attribué des concessions de services publics soient constituées en personne morale de droit interne. Étant donné que les activités du concessionnaire présentent un intérêt général, l'autorité contractante exige souvent que le concessionnaire se conforme à la réglementation nationale en matière de comptabilité et de divulgation d'informations (par exemple publication d'états financiers ou règles de publicité concernant certains actes sociaux). Toutefois, cela rend donc nécessaire l'existence dans le pays hôte d'un cadre égal approprié (voir le chapitre VII, "Droit applicable", ____). Si le concessionnaire peut se constituer facilement en société, compte dûment tenu des exigences de l'intérêt général bien compris, cela peut éviter des retards inutiles dans la réalisation du projet.

47. La date à laquelle le concessionnaire doit se constituer en société est une question à considérer à la lumière des divers intérêts que fait intervenir le projet. Soucieuses de passer aussi rapidement que possible à la phase d'exécution, les autorités contractantes peuvent être tentées d'exiger que le concessionnaire soit constitué aussi tôt que possible. Il importe néanmoins de ne pas oublier qu'avant l'attribution finale de la concession, l'engagement ferme et définitif des prêteurs et autres bailleurs de fonds n'est pas nécessairement acquis, spécialement quand la mobilisation des fonds doit être faite par une personne morale distincte, comme c'est le cas pour le financement sur recettes (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. ____). Par conséquent, lorsque l'autorité contractante exige que les membres du consortium soumissionnaire retenu constituent une personne morale indépendante pour exécuter le projet, il est généralement souhaitable d'exiger que le concessionnaire soit constitué peu de temps après, mais pas avant, l'attribution du marché.

²Les questions liées à l'attribution de marchés de travaux à un groupe d'entreprises non intégrées sont traitées brièvement dans le *Guide juridique de la CNUDCI* pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (chapitre II, "Choix de la formule contractuelle", par. 9 à 16). Certaines des remarques figurant dans cet ouvrage s'appliquent *mutatis mutandis* aux négociations concernant les projets d'infrastructure à financement privé, notamment quant aux questions suivantes: comment surmonter les difficultés qu'il y aurait, en cas de litige, à tenter une action contre des membres du consortium provenant de pays différents? Comment formuler les clauses de règlement de différend pour que tout litige entre l'autorité contractante et une partie ou la totalité des membres du consortium puisse se régler dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire unique? Quelles doivent être les modalités des garanties de bonne exécution données par des tiers et des garanties de qualité que doivent donner les membres du consortium? Quels accords secondaires doit éventuellement conclure l'autorité contractante? Y a-t-il des dispositions légales impératives qui régissent les accords conclus avec des groupes d'entreprises?

48. Une autre question importante se pose à propos de la constitution en société du concessionnaire: celle des apports de fonds propres nécessaires pour sa constitution. L'autorité contractante peut à bon droit exiger un montant de fonds propres de nature à assurer la solidité financière du concessionnaire et à garantir sa capacité de s'acquitter de ses obligations. L'investissement total requis ainsi que le rapport idéal entre l'endettement et les fonds propres varient d'un projet à l'autre, de sorte qu'il est habituellement difficile de citer un montant ou un pourcentage qui conviendrait dans tous les cas. Aussi une disposition législative imposant un capital social minimum d'un montant déterminé à toutes les sociétés réalisant des projets d'infrastructure est-elle sans doute à déconseiller. Une solution plus souple consiste à indiquer dans l'appel d'offres le capital minimum requis pour la constitution du concessionnaire en société sous forme de pourcentage du coût total du projet. Si l'autorité contractante préfère négocier le montant ou le ratio de fonds propres proposé par le consortium soumissionnaire retenu, elle voudra sans doute se réserver le droit de parvenir à un capital minimum suffisant lors du processus de sélection.

49. Outre cette question du capital social minimum, les législations nationales peuvent régir les formes dans lesquelles le concessionnaire doit être constitué. Certaines législations exigent expressément une forme particulière, tandis que d'autres restent muettes. Dans les cas où il semble important de préciser cette forme, il est bon de garder à l'esprit que les membres du consortium ont intérêt à limiter leur responsabilité au montant de leurs mises de fonds. Pour éviter l'apparition d'une responsabilité subsidiaire à l'égard des dettes du concessionnaire, les actionnaires de celui-ci préfèrent normalement lui donner une structure dans laquelle leur responsabilité se limite à la valeur de leurs parts du capital, celles d'une société anonyme par exemple. Ils n'accepteront pas, normalement, d'entreprendre un projet qui leur impose une responsabilité illimitée à l'égard des dettes du concessionnaire.

50. Dans certains pays, la législation régit la portée des activités du concessionnaire, et exige par exemple qu'elles se limitent à la réalisation et à l'exploitation d'un ouvrage particulier. Ces restrictions peuvent avoir pour objet d'assurer la transparence des comptes du projet et de préserver l'intégrité de ses actifs, en les séparant, ainsi que ses produits et les éléments de son passif et ceux d'autres projets ou d'autres activités en rapport avec lui. Elles peuvent faciliter l'évaluation des résultats de chaque projet puisque les bénéfices ou déficits d'un projet ne peuvent venir en compensation des dettes ou des recettes d'autres projets ou activités.

51. Il se peut aussi que l'autorité contractante souhaite que les statuts du concessionnaire reflètent comme il convient les obligations que celui-ci assume dans l'accord de projet, lequel statue donc parfois qu'aucune modification des statuts du concessionnaire ne produit d'effet tant qu'elle n'a pas été approuvée par l'autorité contractante. Lorsque celle-ci ou un autre organisme gouvernemental participe à la société concessionnaire, il est parfois stipulé que certaines décisions exigent un vote positif de l'autorité contractante à l'assemblée générale ou au conseil d'administration. Quoiqu'il en soit, il importe de peser l'intérêt public représenté par l'État au regard de la nécessité de laisser au concessionnaire la marge de manœuvre dont il a besoin pour conduire ses affaires. La gestion courante du projet aurait à souffrir si des questions même mineures touchant les affaires internes de la société devaient systématiquement être préalablement approuvées par l'État. De plus, les dispositions de ce type risquent d'aggraver le risque que des pressions indues soient exercées sur le concessionnaire. S'il est jugé nécessaire d'exiger que l'autorité contractante approuve les amendements qu'il est proposé d'apporter aux statuts du concessionnaire, il est bon de limiter cette exigence aux dispositions considérées comme revêtant une importance essentielle, par exemple celles qui concernent le montant du capital social, les catégories d'action et les droits dont ils sont assortis, les procédures de liquidation, etc., lesquelles devront être précisées dans l'accord de projet.

6. Cession de la concession

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

53. Il s'est révélé nécessaire dans certains pays de mentionner dans la législation les conditions dans lesquelles la cession d'une concession peut être approuvée avant l'échéance du contrat, par exemple l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations prévues dans l'accord de projet et l'attestation que le nouveau concessionnaire dispose des capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service dont il s'agit. Des dispositions de ce type, qui sont de caractère général, peuvent être complétées dans l'accord de projet par des dispositions plus précises qui délimitent la portée des restrictions et indiquent les conditions dans lesquelles l'autorité contractante peut consentir à la cession. Il convient de noter toutefois que ces restrictions s'appliquent habituellement à la cession volontaire de ses droits par le concessionnaire et qu'elles n'écartent pas la possibilité d'une cession obligatoire de la concession à une entité désignée par les prêteurs à la suite d'un accord direct entre eux et l'autorité contractante en vue d'éviter qu'il soit mis fin à la concession en raison d'une grave défaillance du concessionnaire (pour plus amples détails, voir le chapitre V, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___).

54. Une autre situation qu'il peut y avoir lieu de réglementer par la loi concerne celle du transfert à un tiers de la responsabilité d'exécuter une des activités couvertes par l'accord de projet plutôt que de lui céder purement et simplement la concession. Lorsque le concessionnaire a le droit de fournir des services accessoires ou lorsque la concession porte sur des activités multiples qui peuvent être effectuées séparément, le concessionnaire peut souhaiter confier à une autre entité le soin de réaliser certaines de ses activités au moyen d'une cession partielle de ses droits en vertu de l'accord de projet. Cette session partielle est appelée "sous-concession" dans certains systèmes juridiques: lorsque la concession elle-même n'est pas cessible, cette dévolution peut être difficile s'il n'y a pas de texte de loi qui l'autorise. En situation normale, cependant, l'autorité contractante n'aura pas de raison impérieuse d'exclure totalement la possibilité d'une sous-concession à condition qu'elle puisse s'assurer de la solvabilité ou des compétences du sous-concessionnaire.

55. Une autre question connexe a trait à la méthode de sélection du concessionnaire. Dans certains pays, il existe une réglementation particulière qui régit l'attribution des marchés à des prestataires de services publics et, dans certains pays, la législation exige expressément des appels d'offres pour l'attribution de sous-concessions. Ce type de mécanisme a souvent été mis en place à un moment où la quasi-totalité des infrastructures appartenaient à l'État ou étaient exploitées par lui, le secteur privé n'ayant dans l'investissement qu'un rôle mineur et marginal: il visait à garantir l'emploi mesuré, efficace, transparent et honnête des deniers publics. Cependant, lorsque les ouvrages d'infrastructure sont réalisés par les entités privées, il n'est peut-être plus aussi impératif, du point de vue de l'intérêt général, d'imposer au concessionnaire une procédure déterminée pour l'attribution de sous-concessions.

7. Cessibilité des actions de la société de projet

56. L'autorité contractante doit être soucieuse de veiller à ce que les membres originels du consortium de soumissionnaires retenus restent engagés dans la réalisation du projet pendant toute sa durée et que le contrôle assuré sur le concessionnaire ne soit pas transféré à des entités inconnues d'elles. Les concessionnaires sont sélectionnés pour la réalisation de projets d'infrastructure tout au moins en partie sur la base de leur expérience et de la capacité qu'ils ont de réaliser ce type de projet (voir le chapitre III, "Sélection du concessionnaire", ___). L'autorité contractante peut donc craindre à juste titre que si les actionnaires du concessionnaire sont totalement libres de céder leurs investissements dans le projet, rien ne garantisse la capacité de l'entité qui fournira en fait les services dont il s'agit.

57. Certains pays ont introduit des restrictions concernant la cessibilité des actions de sociétés de prestations de services publics pour veiller à ce que celles-ci soient effectivement capables de fournir les services conformément aux normes et conditions convenues. Du point de vue du législateur, toutefois, il importe de tenir compte des inconvénients que peut avoir le fait d'imposer des limites à la cessibilité des investissements dans les sociétés concessionnaires ainsi que de la mesure dans laquelle de telles limites peuvent garantir la prestation des services promis.

58. Il se peut que l'autorité contractante soit rassurée par l'expérience dont le consortium retenu a apporté la preuve pendant la phase de présélection ainsi que par les garanties de bonne exécution fournie par les

organisations dont relève le consortium originel et ses sous-traitants. Dans la pratique, toutefois, l'assurance que peut donner l'expérience apparente des actionnaires de la société concessionnaire ne doit pas être surestimée. Lorsqu'une personne morale distincte est créée pour réaliser le projet, ce qui est souvent le cas (voir par. 41 à 51), l'appui des actionnaires de la société concessionnaire au cas où le projet se trouverait en difficulté peut être limité à leurs apports de fonds. Ainsi, en soi, les restrictions imposées à la cessibilité des investissements dans la société concessionnaire peuvent ne pas constituer une protection suffisante contre le risque de défaillance du concessionnaire. En particulier, de telles restrictions ne sauraient se substituer à l'insertion dans l'accord de projet de clauses prévoyant des recours contractuels appropriés, ces clauses pouvant prévoir notamment la surveillance et la qualité des services fournis (voir le chapitre V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___), la résiliation de la concession sans indemnisation en cas de services non satisfaisants (voir le chapitre VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___) ou le remplacement du concessionnaire par un autre concessionnaire désigné par les prêteurs en accord avec l'autorité contractante (voir le chapitre V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___).

59. Il convient de noter en outre que, dans une certaine mesure, ce n'est pas seulement l'autorité contractante qui peut éprouver des craintes quant à la capacité du concessionnaire de s'acquitter comme il convient des obligations qui lui incombent en vertu de l'accord de projet. Les partenaires du concessionnaire, y compris les prêteurs, ont tout aussi intérêt que l'autorité contractante à veiller à ce que le concepteur, l'entrepreneur de travaux publics et la société d'exploitation honorent leurs obligations. Dans la pratique, des garanties contractuelles, des garanties de bonne exécution et des polices d'assurance (voir le chapitre V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___) peuvent assurer une meilleure protection contre un risque de défaillance que le fait d'obliger un partenaire défaillant à conserver ses actions.

60. Qui plus est, imposer des restrictions à la cessibilité des actions d'entreprises de services publics peut également avoir des inconvénients pour l'autorité contractante. Limiter le droit d'entreprises du secteur privé de céder leurs parts dans des projets d'infrastructure à financement privé risque aussi de restreindre la gamme des types d'investissements et des investisseurs éventuels et ainsi de renchérir le financement. Dans une perspective à long terme, le développement d'un marché sur lequel puissent s'échanger des investissements dans des projets d'infrastructure pourrait être entravé si des limites injustifiées sont apportées au droit des investisseurs de céder leurs participations dans des projets d'infrastructure à financement privé.

61. Comme indiqué ci-dessus (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ___), de nombreux types de financements peuvent être fournis par des investisseurs différents, selon le profil des risques et la rémunération de l'investissement. Les investisseurs originels, comme entreprises de travaux publics ou fournisseurs de matériel, veilleront à ce que les risques plus élevés qu'ils assument soient rémunérés comme il convient, tandis que les investisseurs suivants pourront accepter un rendement moindre, dans la mesure où ils assument des risques qui sont moindres eux aussi. La plupart des investisseurs originels disposent de ressources limitées et doivent recycler leurs capitaux pour pouvoir participer à de nouveaux projets. Par conséquent, ils essaieront habituellement d'éviter d'immobiliser leurs capitaux dans des projets à longue échéance. À la fin de la période de construction, ils préféreront souvent vendre leurs participations à un bailleur de fonds secondaire qui peut accepter un rendement inférieur. Une fois les conditions d'utilisation mieux assurées, l'opération pourra être refinancée à nouveau. Toutefois, si le droit des investisseurs d'investir et de réinvestir leurs capitaux dans des projets d'infrastructure, l'on risque de renchérir le financement et il se peut même que, dans certaines circonstances, le financement d'un projet soit totalement impossible si certains investisseurs dont la participation peut être cruciale pour l'exécution du projet ne sont pas disposés à y prendre part.

62. Pour toutes ces raisons, il conviendra de ne réglementer la cession d'actions de la société concessionnaire qu'aux cas où de telles restrictions sont justifiées par d'impérieuses raisons liées à l'intérêt général. Un exemple peut être celui d'une autorité contractante ou d'un autre organisme public ayant confié à un concessionnaire des avoirs du domaine public (voir par. 23) ou d'un concessionnaire qui reçoit des prêts, des subventions, un apport de fonds ou d'autres formes de soutien direct des pouvoirs publics (voir le chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___). En pareil cas, l'autorité contractante, étant responsable de la bonne utilisation des deniers publics, doit avoir l'assurance que les fonds et les avoirs de

l'État sont confiés à une société solide à laquelle les investisseurs originels s'engagent à participer pendant une période raisonnable. Une autre situation dans laquelle il pourrait être justifié d'imposer pendant une période raisonnable. Une autre situation dans laquelle il pourrait être justifié d'imposer des restrictions à la cession d'actions de la société concessionnaire serait le cas dans lequel l'autorité contractante souhaiterait empêcher que les actions soient cédées à des investisseurs déterminés, par exemple pour éviter la constitution d'oligopoles ou de monopoles des secteurs déréglementés (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ____). Il peut y avoir lieu aussi d'éviter, par exemple, qu'une société qui s'est rendue coupable de malversation dans ses rapports avec un organisme public ne soit employée par un autre par le biais de l'acquisition d'une société concessionnaire.

63. Dans ces cas exceptionnels, l'on peut exiger des investisseurs originels qu'ils obtiennent le consentement préalable de l'autorité contractante avant de céder leurs parts. Il conviendra néanmoins de stipuler dans l'accord de projet que ce consentement ne devra pas être refusé ou retardé sans raison valable. Dans un souci de transparence, il pourra y avoir lieu aussi de stipuler dans la législation les motifs pour lesquels l'approbation peut être retirée et d'exiger de l'autorité contractante qu'elle motive tout refus. La durée de telles restrictions (qui peuvent, par exemple, s'appliquer à une phase déterminée du projet ou à toute période couverte par la concession, est une question qui devra être examinée à la lumière des circonstances. Dans le cas de certains projets, il pourra être possible de relâcher ces restrictions après l'achèvement de l'ouvrage. Il conviendra aussi d'indiquer dans l'accord de projet si ces restrictions éventuelles s'appliquent à la cession de toutes les actions dans la société concessionnaire ou si elles ne s'appliquent qu'à un investisseur déterminé (par exemple une entreprise de travaux publics ou le concepteur de l'ouvrage) pendant la durée des travaux ou pendant une longue période après la fin des travaux.

8. Durée de l'accord de projet

64. La législation de certains pays contient des dispositions qui limitent la durée des concessions de services publics à un certain nombre d'années. Certaines législations posent une limite générale pour la plupart des projets d'infrastructure et des limites spéciales pour les projets réalisés dans des secteurs spécifiques. Dans d'autres pays, enfin, il n'est imposé de durée maximum que dans certains secteurs de l'infrastructure.

65. La durée qu'il est souhaitable de donner à l'accord de projet dépend de diverses considérations, par exemple la durée de vie opérationnelle de l'ouvrage, la période pendant laquelle les services à fournir seront requis, la durée de vie utile des avoirs affectés au projet, la rapidité de l'évolution des technologies utilisées ou le temps que le concessionnaire mettra à rembourser ses dettes et à amortir ses investissements de départ. Comme il est difficile de fixer par la voie législative une limite de durée qui s'appliquerait à tous les projets d'infrastructure, il conviendra d'envisager d'adopter des solutions qui laissent à l'autorité contractante une certaine marge de manœuvre pour négocier, dans chaque cas, une durée appropriée compte tenu des caractéristiques du projet dont il s'agit.

66. Dans certains systèmes juridiques, il existe des dispositions qui exigent que toutes les concessions soient sujettes à une limitation de durée, sans toutefois spécifier le nombre d'années. Parfois, la loi se borne à indiquer les éléments qui doivent être pris en compte pour déterminer la durée de la concession (par exemple nature et montant de l'investissement que doit effectuer le concessionnaire ou période normale d'amortissement des ouvrages et installations dont il s'agit). Certaines lois portant sur des projets ou des secteurs spécifiques prévoient un système mixte, dans lequel l'accord de projet fixe l'échéance de la concession à la fin d'une certaine période ou à la date, si celle-ci est antérieure, à laquelle le concessionnaire a remboursé intégralement ses dettes et à laquelle il a été enregistré un certain niveau de revenus, un certain niveau de production ou un certain niveau d'utilisation.

67. Toutefois, lorsqu'il est jugé nécessaire d'adopter par la loi une disposition limitative de la durée de la concession, le délai fixé doit être assez long pour laisser au concessionnaire le temps de rembourser intégralement ses dettes et de dégager un profit raisonnable. Enfin, il peut être utile d'autoriser l'autorité contractante, dans des cas exceptionnels, à convenir de périodes plus longues, compte tenu du montant de

l'investissement à effectuer et du temps qu'il faudra pour l'amortir, et sous réserve de procédures d'approbation spéciales.

* * * * *