



Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE

A/CN.9/458/Add.8

10 mars 1999

FRANÇAIS

Original: ANGLAIS

COMMISSION 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 privé

Rapport du Secrétaire général

Additif

Chapitre VII. DROIT APPLICABLE

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Recommandations concernant la législation	1-3	3
Notes sur les recommandations concernant la législation	1-63	4
A. Considérations générales	1-2	4
B. Droit applicable à l'accord de projet et aux contrats connexes	3-8	4
1. Droit applicable à l'accord de projet	4-5	4
2. Droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire	6-8	5
C. Autres domaines pouvant appeler des mesures législatives	9-58	5
1. Promotion et protection des investissements	10-11	5
2. Droit de la propriété	12-14	6
3. Règles et procédures d'expropriation	15-16	6

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
4. Droit de la propriété intellectuelle	17-21	7
5. Sûretés	22-30	8
6. Droit des sociétés	31-34	10
7. Pratiques comptables	35	11
8. Droit des contrats	36-37	11
9. Règles applicables aux marchés publics et droit administratif	38-41	12
10. Droit de l'insolvabilité	42-44	13
11. Droit fiscal	45-50	14
12. Protection de l'environnement	51-54	15
13. Droit relatif à la protection des consommateurs	55	16
14. Mesures anticorruption	56-58	16
D. Accords internationaux	59-63	17
1. Appartenance aux institutions financières multilatérales	60	17
2. Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges	61	17
3. Accords internationaux sur des secteurs particuliers	62-63	18

RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

1. Droit applicable à l'accord de projet (voir par. 4 et 5)

1. Le pays hôte voudra peut-être promulguer des dispositions indiquant, le cas échéant, les textes législatifs ou réglementaires régissant l'accord de projet et ceux dont l'application est exclue.

2. Droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire (voir par. 6 à 8)

2. Le pays hôte voudra peut-être envisager d'adopter des dispositions législatives reconnaissant la faculté du concessionnaire et de ses prêteurs, assureurs et autres associés avec lesquels il est lié par contrat de choisir le droit applicable à leurs relations contractuelles.

3. Autres domaines pouvant appeler des mesures législatives (voir par. 9 à 58)

3. Le pays hôte voudra peut-être envisager de passer en revue et, s'il y a lieu, de réviser les règles de droit applicables dans d'autres domaines qui intéressent les projets d'infrastructure à financement privé (protection et promotion des investissements, droit de la propriété, règles et procédures applicables en matière d'expropriation, droit de la propriété intellectuelle, sûretés, droit des sociétés, pratiques comptables, droit des contrats, règles applicables aux marchés de l'État et droit administratif, droit de l'insolvabilité, droit fiscal, droit de l'environnement et de la protection de l'environnement et mesures anticorruption).

NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

A. Considérations générales

1. Le cadre juridique d'ensemble applicable aux projets d'infrastructure à financement privé dépendra de l'état du développement de la législation du pays hôte, de la stabilité de son système juridique et de l'adéquation des recours que peuvent invoquer les particuliers et les entreprises privées. En passant en revue et, lorsqu'il y a lieu, en révisant les dispositions législatives en vigueur dans les domaines qui intéressent directement les projets d'infrastructure à financement privé, le pays hôte contribuera beaucoup à créer un climat propice aux investissements du secteur privé dans l'infrastructure. Une plus grande certitude juridique et un cadre juridique favorable se traduiront par une meilleure évaluation des risques de pays par les prêteurs et les promoteurs des projets, ce qui permettra de mobiliser à moindres frais des capitaux privés et réduira la nécessité d'un soutien ou de garanties des pouvoirs publics (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____).

2. La section B traite du choix du droit ou des droits régissant l'accord de projet et les autres contrats conclus par le concessionnaire pendant la durée de la concession (voir par. 3 à 8). La section C met en relief quelques aspects de la législation du pays hôte qui, sans nécessairement concerner directement les projets d'infrastructure à financement privé, peuvent avoir un impact sur leur réalisation (voir par. 9 à 58). La section D, enfin, analyse l'applicabilité éventuelle de quelques accords internationaux à la réalisation dans le pays hôte de projets d'infrastructure à financement privé (voir par. 59 à 63).

B. Droit applicable à l'accord de projet et aux contrats connexes

3. Il est rare que les législations internes contiennent des dispositions régissant les accords de projets d'infrastructure à financement privé. Lorsqu'elles existent, ces dispositions prévoient habituellement l'application de la législation du pays hôte au moyen d'un renvoi de caractère général au droit interne ou d'une mention des textes législatifs ou réglementaires particuliers qui s'appliquent à l'accord de projet. Dans certains pays, même en l'absence de dispositions législatives à cet effet, la législation du pays hôte est tacitement applicable. Les dispositions législatives relatives au droit régissant les contrats conclus par le concessionnaire sont encore plus rares dans les législations nationales, comme on le verra plus loin.

1. Droit applicable à l'accord de projet

4. Le droit applicable à l'accord de projet sera habituellement les dispositions des textes législatifs et réglementaires du pays hôte concernant directement les projets d'infrastructure à financement privé, lorsqu'une législation spécifique sur ce point existe. Les principaux éléments de ces législations ont été évoqués dans les chapitres précédents du *Guide*. Comme indiqué plus haut (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", ____), l'accord de projet peut, dans certains pays, être soumis au droit administratif, tandis que, dans d'autres, il sera régi par le droit privé (voir également par. 38 à 41). Le droit applicable comprendra également les règles relevant d'autres branches du droit qui s'appliquent aux différentes questions pouvant surgir pendant l'exécution d'un projet d'infrastructure (voir par. 9 à 58). Certaines de ces règles peuvent relever du droit administratif ou du droit public en général et leur application dans le pays hôte peut être d'ordre public, par exemple les mesures concernant la protection de l'environnement et de la santé et le droit du travail. Certains pays indiquent expressément quelles sont les questions soumises à des règles d'ordre public. Toutefois, plusieurs questions découlant de l'accord de projet ou de l'exploitation de l'ouvrage peuvent ne pas faire l'objet de règles contraignantes du droit public. Tel est habituellement le cas de la plupart des questions contractuelles découlant de l'accord de projet (par exemple, formation, validité et rupture du contrat, y compris responsabilité et indemnisation en cas de rupture de contrat et de résiliation abusive).

5. Même s'il n'est pas possible de dresser une liste complète de tous les textes législatifs ou réglementaires intéressant directement ou accessoirement des projets d'infrastructure à financement privé, il n'est pas inutile, dans un souci de clarté, d'indiquer dans la législation quels sont les textes législatifs et réglementaires qui s'appliquent directement à l'exécution de tels projets et, s'il y a lieu, ceux dont l'application est exclue.

2. Droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire

6. Le concessionnaire et ses sous-traitants choisiront habituellement un droit qu'ils connaissent bien et qui, à leur avis, règle de manière satisfaisante les questions sur lesquelles portent leurs contrats. Selon le type de contrat, la clause relative au droit applicable suscitera différentes questions. S'agissant par exemple des accords de financement conclus par le concessionnaire, le plus vraisemblable est que les prêteurs exigeront que le droit applicable soit celui d'un pays où il existe un cadre juridique établi concernant les transactions financières internationales. Dans le cas de contrats de fourniture de matériel et autres contrats conclus avec des sociétés étrangères, les parties souhaiteront sans doute choisir un droit dont elles savent qu'il offre, par exemple, un régime de garantie satisfaisant en cas de panne ou de vice du matériel. Le concessionnaire, à son tour, pourra accepter l'application du droit du pays hôte aux contrats conclus avec des clients locaux.

7. Il est rare que le droit interne contienne des dispositions relatives au droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire. Dans quelques pays, la loi limite l'application du droit étranger aux questions qui ne sont pas réglementées par le droit interne ou subordonne l'élection du droit étranger à l'approbation de l'autorité contractante. La plupart des pays, toutefois, n'ont pas jugé nécessaire de prendre des dispositions relatives au droit applicable aux contrats conclus entre le concessionnaire et ses sous-contractants, cette question devant être réglée par une clause contractuelle ou par les règles applicables aux conflits de lois.

8. Certains pays ont inclus dans leur droit interne des dispositions tendant à préciser que les contrats conclus entre le concessionnaire et ses sous-traitants sont régis par le droit privé et que lesdits sous-traitants ne sont pas des préposés de l'autorité contractante. Dans certains pays, de telles dispositions peuvent avoir plusieurs conséquences dans la pratique: par exemple, l'autorité contractante n'encourt aucune responsabilité subsidiaire à raison des actes des sous-traitants, et l'organisme public qui est le maître de l'ouvrage n'a aucune obligation d'indemnisation en cas de maladie ou d'accident du travail ou de décès des employés des sous-traitants.

C. Autres domaines pouvant appeler des mesures législatives

9. En plus des questions relatives à la législation touchant directement les projets d'infrastructure à financement privé, un cadre juridique favorable exige l'adoption de dispositions appropriées dans d'autres domaines de droit. L'existence d'une législation encourageant et protégeant 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'infrastructure. 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 contribuer à réduire le risque juridique perçu de l'investissement dans le pays hôte.

1. Promotion et protection des investissements

10. Un point qui intéresse particulièrement les consortiums de projet et les prêteurs est le degré de protection accordé 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 et sans indemnisation appropriée conformément au droit international. Les promoteurs des projets participant à des consortiums de projet souhaiteront également savoir dans quelle mesure ils 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 ils auront besoin et transférer à l'étranger ou rapatrier leurs bénéficiaires et les sommes nécessaires au remboursement de prêts qu'ils auront contractés aux fins du projet d'infrastructure. Outre les garanties spécifiques que peut fournir l'État (voir chap. II, "Risques de projet et soutien des pouvoirs publics", ___), l'adoption de mesures législatives touchant la promotion et la protection des investissements peut beaucoup faciliter la réalisation de projets d'infrastructure à financement privé. 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.

11. 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 ou les pays d'origine des promoteurs 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.

2. Droit de la propriété

12. Il est souhaitable que le droit de la propriété 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 des biens meubles et incorporels, et permette au concessionnaire d'acheter, de vendre, de transférer et d'autoriser l'utilisation des biens, selon les cas. L'on a constaté que la garantie des droits de propriété au moyen de dispositions constitutionnelles a beaucoup encouragé les investissements privés dans de nombreux pays (voir également chap. I, "Considérations générales sur la législation", ___).

13. Lorsque le concessionnaire est propriétaire des terrains sur lesquels est réalisé l'ouvrage, il importe que la propriété des terrains puisse être établie clairement et sans équivoque par des procédures adéquates d'enregistrement et de publicité. Le concessionnaire et les prêteurs auront besoin d'une preuve claire 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.

14. Il faut en outre mettre en place des mécanismes efficaces permettant de faire respecter les droits de propriété et les droits de jouissance accordés au concessionnaire. Ces mécanismes devraient également s'appliquer aux servitudes dont le concessionnaire peut avoir besoin pour fournir les services dont il s'agit (par exemple, implantation de pylônes sur des terrains privés pour la distribution d'électricité) (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___).

3. Règles et procédures d'expropriation

15. Lorsque 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, "L'accord de projet", ___). 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.

16. Les procédures d'expropriation comportent souvent des étapes administratives et judiciaires longues et complexes. Le pays hôte souhaitera 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 au pays hôte la possibilité de prendre possession du bien le plus tôt possible, dans la mesure autorisée par la loi, afin d'éviter des retards au démarrage et une hausse des coûts du projet.

4. Droit de la propriété intellectuelle

17. 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 pouvant 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 donc avoir l'assurance que leurs droits de propriété intellectuelle seront protégés et qu'ils seront en mesure de les faire valoir contre des contrefaçons.

18. 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. Il conviendra de renforcer la protection des droits de propriété intellectuelle dans le sens d'instruments comme la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1883¹. Cette Convention s'applique à la propriété industrielle au sens large, y compris notamment aux inventions, marques de commerce ou de fabrique, dessins industriels, modèles d'utilité et indications géographiques et à la répression de la concurrence déloyale. La Convention stipule que les États contractants doivent s'accorder réciproquement le traitement national en matière de protection de la propriété industrielle. Elle établit également le principe de la priorité dans le cas de brevets, marques de commerce et de fabrique et dessins industriels, et contient un petit nombre de règles communes que tous les États contractants doivent suivre en matière de brevets, marques de commerce et de fabrique, dessins industriels, indications d'origine, concurrence déloyale et administrations nationales. Un autre instrument de protection internationale des brevets est le Traité de 1970 sur la coopération en matière de brevets, qui permet aux États de faire protéger un brevet d'invention simultanément dans chacun des États parties au moyen du dépôt d'une demande internationale d'enregistrement.

19. D'autres instruments importants concernant la protection internationale des droits de propriété industrielle sont l'Accord de Madrid de 1891 concernant l'enregistrement international des marques de commerce et de fabrique², le Protocole à l'Accord de Madrid de 1989, et le Règlement commun d'application de l'Accord de Madrid et du Protocole y relatif de 1998. L'Accord de Madrid prévoit l'enregistrement international des marques de commerce, de fabrique et de services au Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). L'enregistrement internationale des marques en vertu de l'Accord de Madrid est valable dans plusieurs pays, et potentiellement dans tous les États contractants (sauf le pays d'origine). En outre, le Traité de 1994 relatif aux marques de commerce ou de fabrique a simplifié et harmonisé les procédures de demandes d'enregistrement des marques, de modification des marques déposées et de renouvellement de l'enregistrement.

¹Telle que révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et telle qu'amendée le 2 octobre 1979.

²Telle que révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Nice le 15 juin 1957 et à Stockholm le 14 juillet 1967.

20. En matière de dessins industriels, l'Accord de La Haye de 1925 relatif au dépôt international des dessins industriels³ régleme le dépôt international des dessins industriels au Bureau international de l'OMPI. Le dépôt international a, dans chacun des États contractants désignés par le déposant, le même effet que si toutes les formalités requises par le droit interne pour protéger le dessin industriel avaient été accomplies par le demandeur et que si tous les actes administratifs nécessaires à cette fin avaient été accomplis par le service compétent de ce pays.

21. Les instruments susmentionnés sont complétés par des traités établissant des classifications internationales, comme l'Accord de Strasbourg de 1971 relatif à la classification internationale des brevets, l'Accord de Nice de 1957 relatif à la classification internationale des biens et des services aux fins de l'enregistrement des marques de commerce ou de services, l'Accord de Vienne de 1973 portant création d'une classification internationale des éléments figuratifs des marques de commerce ou de fabrique et l'Accord de Locarno de 1968 portant création d'une classification internationale des dessins industriels.

5. Sûretés

22. Un régime juridique interne qui offre des garanties solides est indispensable au succès des projets d'infrastructure à financement privé. Le type d'avoirs qui peuvent être grevés et les types de sûretés qui peuvent être constituées varieront d'un système juridique à l'autre. En raison des différences marquées qui caractérisent le droit des sûretés en vigueur dans les différents pays, le *Guide* n'analysera pas en détail les aspects techniques des mesures législatives à promulguer, et ce qui suit n'est qu'un aperçu général des principaux éléments d'un régime moderne de transactions garanties.

23. Dans certains systèmes juridiques, des sûretés peuvent être constituées sur presque tous le types d'avoirs, y compris la propriété intellectuelle, tandis que, dans d'autres, des sûretés ne peuvent être constituées que sur une catégorie limitée d'avoirs, comme des biens immobiliers. Dans d'autres encore, des sûretés peuvent être constituées sur des biens qui n'existent pas encore (biens futurs) et sur l'ensemble des avoirs d'une société tout en permettant à celle-ci de continuer d'en disposer dans le cadre de ses activités normales. Quelques systèmes juridiques prévoient des sûretés non possessoires, qui permettent au créancier d'obtenir une garantie, même s'il n'a pas la possession effective des biens en question; dans d'autres, une sûreté ne peut être constituée, dans le cas de biens dont le titre de propriété n'est pas soumis à enregistrement, que moyennant possession physique ou virtuelle. Dans certains systèmes juridiques, mais pas dans d'autres, la sûreté peut être réalisée sans l'intervention des tribunaux. Plusieurs pays prévoient des recours qui permettent au créancier nanti non seulement de vendre ou de faire vendre le bien grevé d'une sûreté, mais aussi d'en prendre possession ou de faire désigner un syndic; dans d'autres, le principal recours à la disposition du créancier est la vente judiciaire. Dans différents pays, certains types de sûretés confèrent des droits ayant priorité sur ceux des créanciers privilégiés tandis que, dans d'autres, ces derniers priment sur tous les autres types de créanciers nantis. La constitution d'une sûreté est peu coûteuse dans certains pays, les droits et taxes à acquitter étant minimes, tandis qu'elle est onéreuse dans d'autres. Certains pays n'imposent aucune limite au montant de la sûreté tandis que, dans d'autres, celle-ci ne peut pas être excessive en comparaison du montant de la créance. Certains systèmes juridiques imposent au créancier nanti certaines obligations à l'égard du débiteur et des tiers dans le cas de réalisation de la sûreté, par exemple celle de vendre le bien à sa juste valeur marchande.

24. Le type et l'étendue des sûretés offertes par le concessionnaire 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

³Avec l'Acte additionnel de Monaco de 1961, l'Acte complémentaire de Stockholm de 1967 tel que modifié le 28 septembre 1979 et le Règlement d'application de l'Accord de La Haye concernant le dépôt international des dessins industriels de 1998.

sur les avoirs matériels du concessionnaire (comme hypothèque ou nantissement), le gage d'actions du concessionnaire et la cession d'avoirs incorporels (créances) du projet. Alors que le droit applicable aux accords de prêts est généralement celui choisi par les 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 sûretés ou les limites des recours disponibles en vertu des lois du pays hôte peuvent être une source de préoccupation pour les prêteurs potentiels. Il est donc important de veiller à ce que le droit interne prévoit une protection juridique suffisante aux créanciers nantis et ne fasse pas obstacle à la capacité des parties d'établir des arrangements appropriés en matière de sûretés.

25. 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. Cela peut être difficile dans nombre de pays où il n'existe pas de registre central de la propriété. En outre, la sûreté 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 nantis devraient avoir la préférence sur les créanciers chirographaires dans les procédures d'insolvabilité.

26. Un autre aspect important a trait à la latitude donnée aux parties pour définir les avoirs 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 avoirs d'une entreprise, ce qui permet de vendre celle-ci comme une affaire viable, et peut aider à sauver une entreprise en difficulté 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 sûreté sur des avoirs spécifiques et ne reconnaissent pas les sûretés portant sur la totalité des avoirs du débiteur. Il peut également y avoir des limites à la capacité du débiteur de négocier les avoirs constitués en garantie. Étant donné ces limites et restrictions, il est difficile, sinon impossible, pour le débiteur de constituer des sûretés sur des avoirs décrits de façon générique ou sur des avoirs faisant l'objet d'échanges dans le cadre de son activité habituelle.

27. Étant donné la longue durée qui caractérise les projets d'infrastructure à financement privé, les parties peuvent souhaiter définir les avoirs sur lesquels sont constituées des sûretés à titre particulier ou général. Elles peuvent souhaiter également que cette sûreté porte sur les avoirs présents ou futurs et sur les avoirs qui pourraient changer pendant la durée de la garantie. Il peut être bon d'examiner les dispositions existantes sur les sûretés réelles afin d'inclure des dispositions permettant aux parties de conclure des arrangements appropriés les concernant.

28. Comme indiqué ci-dessus (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___), une autre forme fréquente de sûreté, dans le cadre de certains projets d'infrastructure à financement privé, est la cession aux prêteurs du produit des contrats conclus avec les clients du concessionnaire. 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, le concessionnaire 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.

29. 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. Les gouvernements auront cependant intérêt à suivre les efforts entrepris dans ce domaine par différentes organisations.

30. La loi type sur les transactions garanties 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 orientale

pourrait remplir ce rôle. Outre des dispositions générales indiquant qui peut constituer et qui peut recevoir une sûreté et des règles générales concernant les créances garanties et les biens constitués en sûreté, cette loi type aborde des questions telles que la constitution de sûretés, 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 24 à 29 ci-dessus.

[Note à l'intention de la Commission. Il sera inséré une référence appropriée au projet de convention sur le financement par cessions de créances sur lequel travaille actuellement le Groupe de travail sur les pratiques contractuelles internationales ainsi qu'à d'autres initiatives entreprises au plan international, par exemple le projet de loi type interaméricaine sur les transactions garanties actuellement à l'examen au sein de l'Organisation des États américains dans le contexte des préparatifs de la sixième Conférence interaméricaine de droit international privé ou le projet de convention sur les sûretés internationales sur le matériel mobile élaboré sous l'égide d'UNIDROIT.]

6. Droit des sociétés

31. Pour la plupart des projets comportant la mise en place d'une nouvelle infrastructure, les promoteurs créeront une personne morale distincte dans le pays hôte (voir chap. IV, "L'accord de projet", ____). Cette personne morale chargée de l'exécution du projet pourra certes revêtir dans les divers pays différentes formes qui ne seront pas nécessairement celle d'une société. Cependant, comme le plus souvent cette entité revêtira effectivement la forme d'une société, il importe que le pays hôte ait 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 la cession d'actions, les états comptables et financiers et la protection des actionnaires minoritaires. En outre, reconnaître aux investisseurs le droit de constituer des personnes morales distinctes en tant qu'entités spéciales pour mobiliser et décaisser des fonds peut faciliter le montage de l'enveloppe financière du projet (voir chap. IV, "L'accord de projet", ____).

32. Même si l'exploitant de l'ouvrage peut être constitué sous des formes différentes, une caractéristique commune est que les propriétaires ou actionnaires du concessionnaire voudront limiter leur responsabilité à la valeur de leur participation au capital social. S'il est prévu que le concessionnaire proposera 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 du concessionnaire. 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 ou d'autres titres par des sociétés commerciales permettront au concessionnaire de se procurer des fonds auprès d'investisseurs sur les marchés obligataires, ce qui facilitera le financement de certains ouvrages d'infrastructure.

33. La législation devra définir la responsabilité des administrateurs du concessionnaire, y compris les cas dans lesquels leur responsabilité pénale peut être engagée. Elle pourra également comporter des dispositions tendant à assurer la protection des tiers lésés par tout manquement de la part des administrateurs à leurs responsabilités sociales. 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 le concessionnaire peut souhaiter recourir aux services de 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, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ____).

34. Il importe que la loi régisse de façon satisfaisante le processus de décision pour les assemblées 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 des actionnaires minoritaires contre les abus des actionnaires dominants ou majoritaires est un élément important du droit moderne des sociétés. Il convient également de prévoir des mécanismes pour le règlement des différends entre actionnaires, ainsi que de reconnaître le droit des actionnaires de régler un certain nombre d'autres questions concernant la gestion du concessionnaire en concluant des accords entre eux ou des accords de gestion avec les administrateurs de ce dernier.

7. Pratiques comptables

35. Dans plusieurs pays, la loi fait aux sociétés l'obligation de suivre des pratiques comptables généralement acceptées, l'un des objectifs recherchés étant notamment de pouvoir appliquer des méthodes d'évaluation uniformes des entreprises. L'application de pratiques comptables modernes et internationalement acceptables peut contribuer à assurer la négociabilité des obligations et titres émis par le concessionnaire 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 soumissionnaires et aider à déterminer ceux qui répondent aux critères de présélection fixés par l'autorité contractante (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", ____). 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. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ____).

8. Droit des contrats

36. Le droit des contrats en vigueur dans le pays hôte a une incidence importante sur les contrats conclus par le concessionnaire avec ses sous-traitants, ses fournisseurs et des tiers. Le droit interne relatif aux contrats commerciaux doit apporter des solutions adéquates aux besoins du concessionnaire et des bailleurs de fonds, y compris la souplesse requise dans l'élaboration des contrats nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage. Outre certains éléments essentiels d'un droit des contrats approprié, tels que la reconnaissance générale de l'autonomie de la volonté des parties, la possibilité de faire exécuter par voie judiciaire les obligations contractuelles et des 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. Il importe aussi de mettre en place une série adéquate de règles de droit international privé vu qu'il est très probable que les contrats conclus par le concessionnaire comporteront, sous une forme ou sous une autre, un élément international.

37. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit, le concessionnaire 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 réduira l'incertitude juridique entourant ces opérations. L'adhésion à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)⁴ ou à d'autres instruments internationaux traitant de contrats particuliers, tels que la Convention sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988)⁵, élaborée par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), permet de disposer d'un cadre juridique particulièrement adapté.

9. Règles applicables aux marchés publics et droit administratif

⁴*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-1^{er} avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.82.V.5), première partie.

⁵*Actes de la Conférence diplomatique pour l'adoption des projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et le crédit-bail international, Ottawa, 9-28 mai 1988, vol. I.*

38. Dans nombre de systèmes juridiques de tradition romaniste ou influencés par cette tradition, la prestation des services publics est régie par un corpus juridique appelé droit administratif qui réglemente une large gamme d'attributions étatiques. Ces systèmes sont fondés sur le principe que l'État peut exercer ses pouvoirs et ses attributions par acte ou contrat administratif, étant entendu qu'il lui est loisible de conclure des contrats de droit privé. Les différences entre ces deux types de contrats peuvent être importantes.

39. En droit administratif, le principe de l'autonomie de la volonté des parties à un contrat privé est subordonné à l'intérêt général. Dans certains pays, l'État a le droit de résilier des contrats administratifs (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___) ou d'en modifier la portée et les dispositions pour de raisons d'intérêt public, sous réserve, habituellement, de réparation du préjudice subi par le contractant privé (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). L'État peut également avoir de larges droits de surveillance et d'inspection ainsi que le droit de sanctionner l'exploitant privé qui manque à ses obligations. Ces droits sont souvent tempérés par l'obligation d'apporter au contrat les autres changements nécessaires pour rétablir l'équilibre financier initial entre les parties et pour préserver la valeur générale du contrat pour le contractant privé (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). Dans certains systèmes juridiques, les différends découlant de contrats conclus avec l'État relèvent de la compétence exclusive de tribunaux spéciaux qui connaissent exclusivement de questions administratives, tribunaux qui, dans certains pays, ne font pas partie du système judiciaire (voir chap. VIII, "Règlement des différends", ___).

40. L'existence d'un régime juridique spécial applicable aux exploitants d'ouvrages d'infrastructure et aux prestataires de services publics n'est pas limitée aux systèmes juridiques évoqués ci-dessus. Bien que les pays qui s'inspirent de la tradition de la *common law* n'établissent pas de distinction catégorique entre les contrats administratifs et les contrats privés, des résultats analogues peuvent être obtenus par des moyens différents. Si ces systèmes juridiques considèrent généralement que le meilleur moyen de préserver l'état de droit est de soumettre l'État au droit privé ordinaire, il est généralement admis que l'État ne peut pas, par contrat, entraver l'exercice de ses attributions souveraines. Il ne peut pas limiter ses pouvoirs exécutifs futurs dans l'accomplissement des attributions étatiques qui touchent l'intérêt public. Selon la doctrine des actes de puissance publique appliquée dans certains pays de *common law*, l'État, en sa qualité de contractant, est dégagé de ses obligations contractuelles si, en sa qualité de puissance publique, il promulgue dans l'intérêt public des lois, décrets ou arrêtés qui l'empêchent d'honorer ses obligations. Ainsi, la loi peut autoriser un organisme public à modifier des droits contractuels acquis. Habituellement, ce droit est limité, de sorte que les changements apportés au contrat ne peuvent pas être tels que l'autre partie ne puisse pas raisonnablement s'y adapter. En pareilles circonstances, la partie privée a habituellement droit à une certaine forme d'indemnisation ou de réparation équitable (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___). En prévision d'une telle éventualité, une clause standard concernant les "changements de circonstances" est dans certains pays incluse dans les contrats passés avec l'État pour permettre à celui-ci de modifier par décision unilatérale les conditions du contrat ou de stipuler que le contrat sera modifié s'il intervient un acte de puissance publique.

41. Ces systèmes juridiques justifient les prérogatives spéciales dont sont investis les organismes étatiques par des considérations générales. Toutefois, il est généralement admis que les prérogatives spéciales de l'État, et en particulier le pouvoir de modifier par décision unilatérale les conditions d'un contrat, risquent, si elles sont abusivement invoquées, d'affecter les droits acquis de ses cocontractants. Aussi les pays où la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure est une tradition bien établie ont-ils mis en place une série de mécanismes de contrôle et de recours pour protéger les cocontractants d'organismes publics contre tout acte arbitraire ou irrégulier de la part de ces derniers, par exemple en créant des organes impartiaux de règlement des différends et en prévoyant une indemnisation intégrale en cas d'abus de pouvoir. Lorsqu'une telle protection n'existe pas, l'investisseur potentiel risque de voir dans les règles juridiques qui confèrent des prérogatives spéciales aux organismes publics un risque impondérable qui peut les décourager. Aussi certains pays ont-ils revu leurs législations concernant les marchés publics de façon à garantir la protection indispensable pour encourager l'investissement privé

et ont-ils abrogé les dispositions qui risquent de faire naître des doutes quant à la stabilité contractuelle à long terme indispensable à la réalisation de projets d'infrastructure.

10. Droit de l'insolvabilité

42. L'insolvabilité d'un exploitant d'ouvrage d'infrastructure ou d'un prestataire de services publics soulève un certain nombre de questions qui ont conduit divers 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. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ____). La continuité de la prestation des services peut être assurée au moyen d'un cadre juridique permettant, au moyen de procédures de restructuration ou de procédures semblables, de renflouer les entreprises économiquement viables en difficulté. Si une procédure de faillite devient inévitable, les créanciers nantis seront directement intéressés par les dispositions applicables concernant les créances faisant l'objet de sûretés, en particulier sur le point de savoir s'ils peuvent réaliser la sûreté malgré l'ouverture de la procédure de faillite, s'ils seront payés en priorité sur le produit de la sûreté et quel sera le rang de priorité de leurs créances. Comme indiqué ci-dessus, une proportion substantielle des dettes du concessionnaire revêt la forme de prêts privilégiés, les prêteurs exigeant que leurs créances soient réglées avant les créances subordonnées du concessionnaire (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ____). La mesure dans laquelle les prêteurs pourront faire reconnaître leur statut de créanciers privilégiés dépendra des règles et dispositions en vigueur concernant la priorité des créanciers dans les procédures d'insolvabilité. La reconnaissance juridique de l'autonomie de la volonté des parties concernant la subordination contractuelle de différentes catégories de prêts pourra, à cet égard, faciliter le financement de projets d'infrastructure.

43. La législation devra régler un certain nombre de questions, dont les suivantes: l'ordre de priorité des créanciers; l'ordre de priorité entre l'administrateur du débiteur insolvable et les créanciers; les mécanismes juridiques de restructuration du débiteur insolvable; les règles spéciales visant à garantir la continuité du service public en cas d'insolvabilité du concessionnaire; et l'annulation des transactions opérées par le débiteur peu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

44. Souvent, l'insolvabilité d'un concessionnaire affectera des créanciers ou des avoirs situés dans plus d'un pays. Il sera donc souhaitable que le pays hôte ait des dispositions facilitant la coopération judiciaire, l'accès aux tribunaux des administrateurs d'insolvabilité étrangers et la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité. 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 fin.

11. Droit fiscal

45. Outre les incitations fiscales que peut offrir le pays hôte à tous les investisseurs ou les incitations spéciales accordées pour la réalisation de projets d'infrastructure à financement privé (voir chap. II, "Risques de projet et soutien des pouvoirs publics", ____), 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 pouvoir discrétionnaire exercé par le fisc, la clarté des directives et instructions aux contribuables et l'objectivité des critères utilisés pour calculer l'assiette de l'impôt. Il peut s'agir d'une question complexe, particulièrement dans les pays où les pouvoirs de percevoir ou de relever les impôts ou d'appliquer la législation fiscale ont été décentralisés.

46. La stabilité du régime fiscal est indispensable au succès des projets d'infrastructure à financement privé. Nombre de projets, en effet, supposent un ratio d'endettement élevé et exigent des liquidités prévisibles. Toute modification imprévue des impôts ayant pour effet de réduire ces liquidités peut avoir des conséquences sérieuses

pour le projet. Ainsi, toutes les incidences fiscales potentielles doivent pouvoir être évaluées aisément pendant toute la durée du projet. Dans certains pays, l'État est habilité à conclure avec les investisseurs des accords garantissant la stabilité du régime fiscal applicable au projet. Toutefois, il se peut que l'État ne puisse pas, pour des raisons constitutionnelles ou politiques, fournir ce type de garantie, auquel cas les parties peuvent convenir de mécanismes d'indemnisation ou de révision du contrat s'il intervient une hausse des coûts due à une modification de la fiscalité (voir également chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ____).

47. La plupart des régimes fiscaux nationaux peuvent être classés en trois catégories. Une approche repose sur le principe de l'imposition universelle des revenus quelle qu'en soit la source, la double imposition étant évitée au moyen d'un système de crédit d'impôt étranger, le montant des impôts dus dans le pays d'origine étant réduit du montant des impôts étrangers déjà acquittés. Si telle est l'approche adoptée par le pays d'origine de l'investisseur, celui-ci ne paiera jamais moins d'impôt que si tous ses revenus avaient leur source dans son pays d'origine. Une autre formule consiste à exempter d'impôt dans le pays d'origine de l'investisseur les revenus de source étrangère déjà imposés à l'étranger. Selon l'approche territoriale, les revenus de source étrangère sont totalement exemptés d'impôt dans le pays d'origine. Les investisseurs dont le pays d'origine applique l'un quelconque de ces deux systèmes bénéficieront de trêves fiscales et de réduction d'impôt dans le pays d'origine, mais ce dégrèvement n'encouragera aucunement à investir une personne ayant sa résidence dans un havre fiscal.

48. Les parties participant au projet ne visent pas toutes le même objectif en matière d'impôts. Les investisseurs se préoccupent habituellement de l'imposition des bénéfices perçus dans le pays hôte, de l'imposition des paiements effectués aux sous-traitants, fournisseurs, investisseurs et prêteurs et du régime fiscal applicable aux plus-values en capital (ou pertes) éventuelles lors de la liquidation du concessionnaire. Parfois, certains types de paiements déductibles aux fins de l'impôt dans le pays d'origine (intérêts sur les emprunts, dépenses de recherche, frais de soumission ou pertes de change) ne le sont pas dans le pays hôte ou inversement. Comme un crédit d'impôt étranger n'est accordé que sur les impôts acquittés sur les revenus étrangers, les investisseurs doivent s'assurer que les impôts sur le revenu éventuellement payés dans le pays hôte répondent à la définition de l'impôt sur le revenu au regard de la législation fiscale de leur pays d'origine. En outre, aux fins du régime fiscal applicable, il se peut que le statut reconnu au concessionnaire dans le pays hôte ne soit pas le même que dans son pays d'origine. Dans le cas où les avoirs affectés au projet deviennent propriété de l'État, le concessionnaire risque d'être empêché de déduire leur amortissement aux fins de l'impôt dans son pays d'origine.

49. 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. La date à laquelle l'impôt doit être acquitté et les retenues d'impôts peuvent également susciter des problèmes. 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.

50. En définitive, c'est l'impact cumulatif de tous les impôts confondus qu'il faut prendre en considération. Par exemple, il se peut que des impôts soient perçus à plus d'un niveau de l'administration et que le concessionnaire, indépendamment de l'impôt prélevé par l'État, doive également payer des impôts municipaux ou provinciaux. Il existe parfois aussi des taxes autres que l'impôt sur le revenu qui doivent être acquittées avant que le concessionnaire ne commence à toucher une recette quelconque: impôts sur les ventes, parfois appelé impôt sur le chiffre d'affaires, taxes sur la valeur ajoutée, droits fonciers, droits de timbre et taxes à l'importation. Dans certains cas, des dispositions spéciales peuvent être prises pour offrir au concessionnaire des exonérations ou des dégrèvements au titre de ces droits aussi.

12. Protection de l'environnement

51. La législation relative à la protection de l'environnement porte sur des questions extrêmement diverses allant de la manutention des déchets et des substances dangereuses à la réinstallation des populations déplacées par des projets d'aménagement de grande envergure. Il est généralement admis que des mesures de protection de l'environnement sont indispensables à tout développement durable. Dans ce contexte, l'adhésion aux traités relatifs à la protection de l'environnement peut contribuer à renforcer le régime international applicable dans ce domaine. Un grand nombre d'instruments internationaux ont été élaborés ces dernières décennies pour mettre en place des normes internationales communes. L'on peut citer notamment le programme Action 21 et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement adoptés par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement tenue en 1992, la Charte mondiale de la nature (résolution 37/7 de l'Assemblée générale du 28 octobre 1982), la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle du mouvement transfrontière de déchets dangereux et leur élimination, la Convention de 1991 sur les évaluations d'impact environnemental dans un contexte transfrontière et la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux.

52. Les dispositions législatives relatives à la protection de l'environnement ont généralement un impact direct, à différents niveaux, sur la réalisation des projets d'infrastructure et les questions environnementales sont parmi les causes de litiges les plus fréquentes. Ces dispositions peuvent entraîner des obligations diverses: consentement de différentes autorités environnementales, attestation que l'entreprise n'a pas été précédemment condamnée pour des violations de la législation sur l'environnement, garantie de respect des normes environnementales, engagement de remédier aux dommages causés à l'environnement et règles de notification. Ces lois stipulent souvent que différentes activités sont soumises à autorisation préalable, cette règle pouvant être particulièrement rigoureuse pour certains types d'ouvrages d'infrastructure (par exemple, traitement des eaux usées, ramassage de déchets, centrales électriques à charbon, transport d'électricité, routes et chemins de fer). Des autorisations et permis doivent souvent être obtenus pour entreprendre des travaux publics ou construire certains types d'édifices. Le refus d'autorisations environnementales peut constituer un obstacle insurmontable à l'exécution de l'ensemble du projet.

53. 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 et les circonstances qui justifient le refus ou le retrait d'une autorisation. Particulièrement importantes sont les dispositions garantissant des procédures d'appel et des recours judiciaires rapides aux demandeurs. Il peut également être indiqué, dans la mesure du possible, de s'assurer avant l'attribution définitive du marché que les conditions d'obtention de telles autorisations sont réunies. 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. Parfois, la législation stipule également les sanctions qui peuvent être imposées et spécifie les parties qui peuvent être tenues pour responsables des dommages causés à l'environnement.

54. D'autres problèmes peuvent se poser dans le cadre du droit de l'environnement du pays hôte lorsque le concessionnaire reprend un ouvrage existant, en particulier si la question de la responsabilité en cas de préjudice écologique causé par une industrie du secteur public avant sa privatisation n'a pas été clarifiée. Les investisseurs privés peuvent hésiter à reprendre un ouvrage existant ou à acheter des entreprises de services publics qui risquent de devoir verser des indemnités ou prendre des mesures de remise en état pour des dommages 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.

13. Droit relatif à la protection des consommateurs

55. Différents pays ont promulgué des dispositions législatives spéciales visant à protéger les consommateurs. Ces dispositions varient beaucoup d'un pays à un autre, aussi bien par leur forme que par leur substance. Néanmoins, elles prévoient souvent des délais favorables pour le dépôt de plaintes et les actions tendant à faire valoir des droits contractuels; des règles spéciales d'interprétation des contrats dont les clauses ne sont généralement pas négociées avec le consommateur, parfois appelés contrats d'adhésion; l'extension des périodes de garantie; des droits spéciaux de résiliation du contrat; l'accès à des instances de règlement simplifié des différends; ou d'autres mesures de protection. Du point de vue du concessionnaire, il importe de déterminer si la législation du pays hôte relative à la protection des consommateurs risque de l'empêcher, par exemple, de faire valoir son droit d'exiger le paiement des services fournis, de réviser ses prix ou de cesser de fournir des services à des clients qui ne paient pas leurs factures.

14. Mesures anticorruption

56. Le climat des investissements et des affaires dans le pays hôte peut être amélioré aussi par l'adoption de mesures tendant à combattre la corruption dans l'attribution des marchés publics. Les règles relatives au fonctionnement des autorités contractantes et à la surveillance des marchés publics devraient être revues et, lorsque de telles règles n'existent pas, des textes législatifs et réglementaires appropriés devraient être élaborés et promulgués pour garantir le degré requis de transparence et d'intégrité. D'autres éléments à prendre en considération dans ce contexte sont la nécessité de veiller à la simplicité et à la cohérence des règles applicables et d'éliminer les procédures inutiles qui ne font que prolonger ou alourdir les procédures administratives.

57. En outre, il importe au plus haut point pour le pays hôte d'adopter des mesures efficaces et concrètes pour combattre toutes les formes de corruption active et passive et de pratiques illicites connexes, et en particulier de veiller à faire respecter les dispositions législatives et réglementaires existantes interdisant la corruption.

58. La promulgation de lois tendant à incorporer en droit interne les dispositions des accords internationaux et les normes d'éthique applicables dans la gestion des affaires publiques peut beaucoup contribuer à assainir le climat des affaires. Des normes importantes ont été adoptées dans deux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, la résolution 51/59 du 12 décembre 1996, par laquelle l'Assemblée a adopté le Code international de conduite des agents publics, et la résolution 51/191 du 16 décembre 1996, par laquelle elle a adopté la Déclaration des Nations Unies contre la corruption active et passive dans les transactions commerciales internationales. Entre autres instruments importants, il convient de citer aussi la Convention interaméricaine contre la corruption, adoptée par l'Organisation des États américains lors de la Conférence spéciale chargée d'examiner le projet de convention interaméricaine contre la corruption, tenue à Caracas en 1996, et la Convention de 1997 pour la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, négociée sous les auspices de l'Organisation de coopération et de développement économiques.

D. Accords internationaux

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

1. Appartenance aux institutions financières multilatérales

60. L'appartenance à des institutions financières multilatérales comme la Banque mondiale, l'Association internationale de développement, la Société financière internationale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et les banques régionales de développement peut, de différentes façons, avoir un impact direct sur les projets d'infrastructure à financement privé. Premièrement, le pays hôte doit habituellement être membre de ces institutions pour que les projets réalisés sur son territoire puissent bénéficier du financement et des garanties qu'elles offrent. Deuxièmement, les règles applicables aux instruments de financement et de garantie fournis par ces

institutions contiennent habituellement toute une série de conditions qui intéressent directement celles de l'accord de projet et des accords de prêts négociés par le concessionnaire (par exemple, clause de non-nantissement d'avares du domaine public et fourniture de contre-garanties en faveur de l'institution financière multilatérale). Enfin, les institutions financières multilatérales poursuivent généralement un certain nombre d'objectifs généraux dont elles cherchent à assurer la réalisation dans le contexte des projets qu'elles appuient (par exemple, respect de normes environnementales internationalement convenues; pérennité du projet au-delà de la période couverte par la concession initiale; transparence et intégrité dans la sélection du concessionnaire et dans le décaissement des prêts).

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

61. 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 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.

3. Accords internationaux sur des secteurs particuliers

62. 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. 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, la concurrence et l'investissement étranger. Les législateurs des États membres actuels ou futurs de l'OMC doivent ainsi veiller à ce que les lois du pays sur les communications soient compatibles avec le GATS et leurs engagements spécifiques en matière de télécommunications.

63. 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 des marchés de capitaux pour stimuler les flux de capitaux afin de financer les échanges de matériaux et de produits. 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.