NATIONS
UNIES

A

Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE
A/CN.9/458/Add.7
19 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 VI. ACHÈVEMENT DU PROJET, PROROGATION ET RÉSILIATION

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Page*
Recommandations concernant la législation	1-9	2
Notes sur les recommandations concernant la législation	1-58	5
A. Observations générales	1	5
B. Prorogation de l'accord de projet	2-4	5
C. Résiliation	5-31	6
1. Résiliation par l'autorité contractante	10-23	7
2. Résiliation par le concessionnaire	24-29	11
3. Résiliation par l'une ou l'autre partie	30-31	12
D. Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet	32-58	12
1. Transfert d'actifs associés au projet	33-38	12
2. Arrangements financiers au moment de la résiliation	39-45	15
3. Mesures de liquidation et mesures transitoires	46-58	18

V.99-82381

RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

1. Prorogation de l'accord de projet (voir par. 2 à 4)

1. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet peut être prorogé dans des circonstances exceptionnelles, notamment:

a) Pour compenser une suspension du projet ou un manque à gagner dus à des événements constituant un empêchement:

b) Pour compenser une suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres organismes publics;

c) Pour permettre au concessionnaire de recouvrer le montant de travaux extraordinaires exigés par l'ouvrage et que le concessionnaire ne pourrait pas amortir pendant la durée normale de l'accord de projet sans une hausse déraisonnable du coût.

2. Résiliation par l'autorité contractante (voir par. 10 à 23)

2. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'autorité contractante peut résilier l'accord de projet:

a) Dans le cas de défaillance grave de la part du concessionnaire, dans les circonstances précisées dans l'accord du projet, en particulier si l'on ne peut plus s'attendre raisonnablement à ce que le concessionnaire puisse ou veuille s'acquitter de ses obligations;

b) Dans le cas où le concessionnaire est déclaré insolvable ou en état de faillite;

c) Au gré de l'autorité contractante, sous réserve du versement de dédommagements équitables au concessionnaire.

3. Le pays hôte voudra peut-être prévoir qu'avant de résilier l'accord de projet, l'autorité contractante est tenue, selon le cas:

a) D'accorder au concessionnaire une période supplémentaire pour s'acquitter de ses obligations ou pour remédier aux conséquences de sa défaillance;

b) D'adresser une notification aux prêteurs et aux garants du concessionnaire, selon le cas, pour qu'il soit remédié aux conséquences de la défaillance du concessionnaire dans un délai raisonnable ou pour que soit désigné un concessionnaire suppléant conformément aux termes de leurs accords passés avec l'autorité contractante.

3. Résiliation par le concessionnaire (voir par. 24 à 29)

4. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que le concessionnaire peut résilier l'accord de projet:

a) Dans le cas de défaillance grave de la part de l'autorité contractante ou d'un autre organisme du pays hôte dans l'exercice de ses obligations, conformément à l'accord de projet; ou

b) Lorsque l'exécution des obligations du concessionnaire est rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'ordres de modifications émanant de l'autorité contractante ou de changements imprévus des conditions, et que les parties ne sont pas convenues d'une révision appropriée de l'accord de projet.

4. Résiliation par l'une ou l'autre partie (voir par. 30 et 31)

5. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet peut également être résilié:

a) Lorsque l'exécution des obligations par l'une ou l'autre partie est rendue impossible par des empêchements exonératoires; ou

b) Par consentement mutuel.

5. Transfert d'actifs à l'autorité contractante (voir par. 34 et 35)

6. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet:

a) Recense les catégories d'actifs que le concessionnaire est tenu de transférer à l'autorité contractante au moment de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet et expose les critères pour établir, le cas échéant, les dédommagements auxquels le concessionnaire pourrait avoir droit à cet égard;

b) Recense les catégories d'actifs que l'autorité contractante, selon son choix, peut acheter au concessionnaire contre paiement à leur valeur au prix du marché;

c) Recense les catégories d'actifs que le concessionnaire peut librement retrancher ou dont il peut librement disposer au moment de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet.

6. Transfert d'actifs à un nouveau concessionnaire (voir par. 36)

7. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que le concessionnaire peut être tenu de faire en sorte que chacun des actifs mentionnés aux alinéas a) et b) du paragraphe 6 ci-dessus soient mis à la disposition d'un nouveau concessionnaire moyennant un dédommagement approprié pour les actifs qui n'ont pas été complètement amortis pendant la période du projet.

7. Arrangements financiers lors de la résiliation (voir par. 39 à 45)

8. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet stipule comment les dédommagements dus au concessionnaire en cas de résiliation de l'accord de projet doivent être calculés, notamment:

a) Les dédommagements correspondant à la juste valeur des travaux accomplis au titre de l'accord de projet si celui-ci est résilié pour des raisons attribuables au concessionnaire;

b) Les dédommagements correspondant à la juste valeur des travaux accomplis par le concessionnaire, ainsi qu'aux pertes causées à ce dernier, y compris le manque à gagner, si l'accord de projet est résilié pour des raisons attribuables à l'autorité contractante;

c) Les dédommagements correspondant à la juste valeur des travaux accomplis par le concessionnaire et d'autres dédommagements qui pourraient être appropriés en la circonstance, si l'accord de projet est résilié en raison d'empêchements exonératoires ou au gré de l'autorité contractante.

8. Mesures de liquidation et mesures transitoires (voir par. 46 à 58)

9. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet énonce les droits et obligations des parties en ce qui concerne:

a) Le transfert de la technologie requise pour le fonctionnement de l'ouvrage;

b) La formation du personnel de l'autorité contractante au fonctionnement et à la maintenance de l'ouvrage;

c) La prestation, par le concessionnaire, de services d'exploitation et de maintenance et la fourniture de pièces détachées au besoin, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante.

NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

A. Observations générales

1. La plupart des projets d'infrastructure à financement privé sont entrepris pour une certaine période au terme de laquelle le concessionnaire transfère à l'autorité contractante la responsabilité de l'exploitation de l'infrastructure. Les éléments à prendre en compte lors de l'établissement de la période de concession ont été abordés dans une autre partie du *Guide* (voir chap. IV, "L'accord de projet", ...). Le présent chapitre examine les questions associées à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet, qui, dans de nombreux pays, sont prises en compte dans les dispositions légales. La Section B traite de la question de savoir si, et dans quelles circonstances, l'accord de projet peut être prorogé (voir par. 2 à 4). La section C passe en revue les circonstances qui peuvent autoriser la résiliation de l'accord de projet avant la date de son expiration (voir par. 5 à 31). Enfin, la section D aborde les conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet, y compris le transfert des actifs du projet et les dédommagements auxquels chacune des parties peut prétendre au moment de la résiliation ainsi que les dispositions applicables à la liquidation du projet (voir par. 32 à 58).

B. Prorogation de l'accord de projet

2. Dans la pratique contractuelle de certains pays, l'autorité contractante et le concessionnaire peuvent convenir de prolonger une ou plusieurs fois la période de concession. Le plus souvent, toutefois, le droit interne n'autorise la prorogation de l'accord du projet que dans des circonstances exceptionnelles. Dans ce cas, au moment de l'expiration de l'accord de projet, l'autorité contractante est normalement tenue d'engager un nouveau processus de sélection pour choisir un nouveau concessionnaire, en recourant habituellement aux mêmes procédures que celles qui ont été appliquées pour sélectionner le concessionnaire dont la concession est arrivée à expiration (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", ...).

3. Un certain nombre de pays ont jugé utile d'exiger que les concessions exclusives fassent de temps à autre l'objet d'une nouvelle soumission et ne soient pas librement prorogées par les parties. Le renouvellement périodique de l'appel d'offres peut fortement inciter le concessionnaire à obtenir de bons résultats. La période qui s'écoule entre l'octroi initial de la concession et le premier renouvellement (et les renouvellements ultérieurs) de l'appel d'offres, devrait prendre en compte le niveau des investissements et les autres risques consentis par le concessionnaire. Par exemple, s'agissant des concessions concernant la collecte de déchets solides, qui n'exigent pas d'investissement lourd en capital fixe, la périodicité peut être relativement courte (par exemple entre trois et cinq ans), alors que des périodes plus longues seront peut-être souhaitables, par exemple, pour les concessions concernant la distribution d'électricité ou d'eau. Dans la plupart des pays, le renouvellement de l'appel d'offres coïncide avec la fin du projet, alors que dans d'autres, une concession peut être octroyée pour une longue période (par exemple 99 ans) avec renouvellement périodique de l'appel d'offres (par exemple tous les 10 ou 15 ans). Dans ce dernier mécanisme, qui a été adopté dans quelques pays, le premier renouvellement intervient avant que le concessionnaire n'ait pleinement recouvré sa mise. À titre de mesure d'incitation à l'égard de l'exploitant titulaire, certaines législations disposent que la préférence peut être accordée au concessionnaire sur d'autres candidats dans l'octroi de concessions ultérieures pour la même activité. Toutefois, le concessionnaire peut avoir des droits patrimoniaux qui devront être compensés s'il ne remporte pas l'appel d'offres suivant. Dans ce cas, le montant versé par le nouveau concessionnaire peut lui être attribué en totalité ou en partie. Le fait que le candidat sélectionné soit tenu de rembourser le concessionnaire titulaire pour compenser ses droits patrimoniaux et les investissements non encore récupérés réduit le risque à long terme encouru par les investisseurs et les prêteurs et leur offre une précieuse possibilité de sortie.

4. Nonobstant ces considérations, il est souhaitable de ne pas exclure totalement la possibilité de négocier une prorogation de la période de concession lorsque les conditions sont exceptionnelles. La durée d'un projet d'infrastructure est un des principaux facteurs pris en considération dans la négociation des arrangements financiers

et a une incidence directe sur le prix des services fournis par le concessionnaire. Les parties jugeront peut-être que la prorogation de l'accord de projet (venant se substituer à d'autres mécanismes de dédommagement ou associée à ces derniers) peut être une option utile pour faire face à des circonstances inattendues ou extraordinaires se manifestant durant la vie du projet. Il peut s'agir d'une des circonstances suivantes: prorogation pour compenser une suspension du projet ou un manque à gagner dû à des empêchements (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...); prorogation pour compenser une suspension du projet induite par l'autorité contractante ou par d'autres organismes publics (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...); ou prorogation pour permettre au concessionnaire de recouvrer le coût de travaux extraordinaires qui se sont révélés nécessaires dans l'ouvrage et que le concessionnaire ne pourrait pas amortir pendant la durée normale de l'accord de projet sans hausse de coût déraisonnable (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...). Pour renforcer la transparence et le sens des responsabilités, dans certains pays la prorogation de la période de concession fait l'objet d'une limite cumulative globale ou requiert l'approbation d'une autorité publique spécialement désignée.

C. Résiliation

5. Les motifs de résiliation de l'accord de projet avant la date de son expiration et les conséquences d'une résiliation anticipée sont souvent traités dans le droit interne. Habituellement, la loi autorise les parties à résilier l'accord de projet suite à certains types d'événements. L'intérêt majeur de toutes les parties intervenant dans un projet d'infrastructure à financement privé est de veiller à ce que l'ouvrage soit achevé dans des conditions satisfaisantes et à ce que le service public considéré continue d'être fourni dans de bonnes conditions. Étant donné les graves conséquences qu'implique la résiliation, le service pouvant en effet être interrompu, voire supprimé, la résiliation devrait dans la plupart des cas être considérée comme une mesure de dernier recours. Les conditions de l'exercice de ce droit par l'une ou l'autre partie devraient être soigneusement examinées. Il se peut qu'elles ne soient pas nécessairement identiques, mais il est en général souhaitable en la matière de parvenir à un équilibre à peu près équitable des droits et des conditions pour les deux parties.

6. Outre la nécessité de recenser les circonstances ou les catégories d'événements qui peuvent donner lieu à un droit de résiliation, il est souhaitable que les parties envisagent des procédures appropriées pour déterminer s'il existe des raisons valables de résilier l'accord de projet. Il importe en particulier de savoir si l'accord de projet peut être résilié unilatéralement ou si cette résiliation requiert une décision d'un organe judiciaire ou autre de règlement des différends (voir chap. VIII, "Règlement des différends", ...).

7. Habituellement, le concessionnaire n'a pas le droit de résilier l'accord de projet unilatéralement mais, dans la pratique contractuelle générale de certains pays, ce droit peut être exercé par un organisme public, sous réserve du versement de dédommagements. Dans certains pays, toutefois, une exception est faite dans le cas des concessions de services publics, dont la nature contractuelle est jugée incompatible avec des droits de résiliation unilatéraux. Enfin, certains systèmes juridiques ne reconnaissent pas de droits de résiliation unilatéraux aux organismes publics. L'autorité contractante peut estimer qu'un droit de résiliation unilatéral peut jouer un rôle important pour encourager le concessionnaire à obtenir de bons résultats. Elle peut également considérer qu'un tel droit peut économiser du temps lorsqu'il faut prendre les mesures nécessaires pour garantir la continuité du service en cas de défaillance irréparable de la part du concessionnaire. Toutefois, les promoteurs du projet et les prêteurs pourraient s'inquiéter du risque de résiliation prématurée ou injustifiée de la part de l'autorité contractante, même lorsque la décision de résilier peut être soumise à un examen par l'intermédiaire du mécanisme de règlement des différends. Il convient également de noter que le fait de donner à l'autorité contractante le droit unilatéral de résilier l'accord de projet ne saurait convenablement remplacer un mécanisme contractuel bien conçu de suivi des résultats ou des garanties appropriées de résultat (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

8. Ainsi, les dispositions régissant la résiliation devraient être mises en parallèle avec les recours en cas de défaillance prévus dans l'accord de projet. En particulier, il convient d'établir une distinction entre les conditions de résiliation et les conditions d'intervention de l'autorité contractante (voir chap. V, "Construction et exploitation

de l'infrastructure", ...). Il importe aussi de considérer les droits de résiliation de l'autorité contractante par rapport aux accords financiers négociés par le concessionnaire avec ses prêteurs. Dans la plupart des situations, les faits qui peuvent conduire à la résiliation de l'accord de projet constitueraient aussi des cas de défaillance en vertu des accords de prêt, de sorte que la totalité de l'encours de la dette du concessionnaire pourrait devenir immédiatement exigible. Ainsi, il conviendrait d'essayer d'éviter le risque de résiliation en ayant recours dans un premier temps à un accord direct, qui permettrait aux prêteurs de trouver un autre concessionnaire lorsque la résiliation de l'accord de projet avec le concessionnaire initial paraît imminente (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

9. À la lumière de ce qui précède, il est en général souhaitable de veiller à ce que la résiliation de l'accord de projet donne lieu, dans la plupart des cas, à une conclusion définitive prononcée par l'organe de règlement des différends stipulé dans l'accord de projet. Une telle disposition limiterait les préoccupations que pourrait susciter un recours prématuré ou injustifié à la résiliation. Par ailleurs, cela n'empêcherait pas l'adoption de mesures appropriées pour assurer la continuité du service en attendant la décision finale de l'organe de règlement des différends, pour autant que des recours contractuels en cas de défaillance, comme un droit d'intervention de l'autorité contractante et des prêteurs, soient prévus dans l'accord de projet.

1. Résiliation par l'autorité contractante

10. Les droits de résiliation de l'autorité contractante renvoient en général à trois types de situations: défaillance grave du concessionnaire; insolvabilité ou faillite du concessionnaire; et résiliation au gré de l'autorité contractante.

a) Défaillance grave du concessionnaire

11. Un certain nombre de législations nationales donnent à l'autorité contractante le droit de résilier l'accord de projet en cas de défaillance du concessionnaire. Compte tenu des effets perturbateurs de la résiliation et pour assurer la continuité du service, il n'est pas souhaitable de considérer la résiliation comme une sanction chaque fois que les résultats du concessionnaire ne donnent pas satisfaction. Au contraire, il est en général conseillé de n'employer ce recours extrême qu'en cas de défaut d'exécution "particulièrement grave" ou "répété", notamment lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille s'acquitter de ses obligations conformément à l'accord de projet. De nombreux systèmes juridiques utilisent des expressions techniques spécifiques pour caractériser les situations où le degré de défaillance d'une partie contractante est tel que l'autre partie peut résilier la relation contractuelle avant sa date d'expiration (par exemple, "contravention essentielle" ou des expressions analogues). Ces situations sont présentées dans le *Guide* comme des "défaillances graves".

12. Le fait de circonscrire la possibilité d'une résiliation aux cas de défaillance grave peut donner aux prêteurs et aux promoteurs du projet l'assurance qu'ils seront protégés contre des décisions déraisonnables ou prématurées de la part de l'autorité contractante. La loi peut en général prévoir que l'autorité contractante a le droit de résilier l'accord de projet en cas de défaillance grave du concessionnaire, en laissant à l'accord de projet le soin de définir plus précisément la notion de défaillance grave et, le cas échéant, en en donnant des exemples. D'un point de vue pratique, il n'est pas conseillé d'essayer, par la voie légale ou dans l'accord de projet, de prévoir une liste exhaustive des cas justifiant la résiliation.

13. En général, il est souhaitable que soit accordé au concessionnaire un délai supplémentaire pour s'acquitter de ses obligations et parer aux conséquences de sa défaillance avant que l'autorité contractante n'emploie des recours. Par exemple, il faudrait aviser le concessionnaire de la nature des circonstances pertinentes et lui demander d'y remédier au cours d'une certaine période. Il faudrait également donner aux prêteurs et aux garants, selon le cas, la possibilité de parer aux conséquences de la défaillance du concessionnaire conformément aux termes d'un accord direct passé entre les prêteurs et l'autorité contractante ou aux termes de garanties d'exécution fournies par l'autorité contractante (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...). Le projet d'accord peut également prévoir que, s'il n'est pas remédié aux circonstances avant l'expiration de la période indiquée, l'autorité contractante

peut résilier l'accord de projet, sous réserve d'en aviser au préalable les prêteurs et de leur donner la possibilité d'exercer leur droit de substitution dans un certain délai conformément à la procédure pertinente prévue dans l'accord direct. Toutefois, il convient de fixer des délais raisonnables, car l'on ne peut s'attendre à ce que l'autorité contractante supporte indéfiniment le coût d'une éventuelle violation de l'accord par le concessionnaire. En outre, ces procédures doivent s'entendre sans préjudice du droit de l'autorité contractante d'intervenir pour prévenir le risque d'une interruption du service par le concessionnaire (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

i) Défaillance grave avant le début de la construction

14. En général, le concessionnaire doit s'acquitter d'un ensemble de mesures avant d'entreprendre les travaux de construction. Cette obligation est souvent considérée comme une condition à l'entrée en vigueur de l'accord de projet. Des exemples de situations qui souvent justifient le retrait de la concession au début de la procédure peuvent notamment être les suivants:

a) Incapacité d'obtenir les moyens financiers nécessaires, de signer l'accord de projet ou de créer la société de projet dans le délai requis;

b) Incapacité d'obtenir les licences ou les autorisations nécessaires pour mener l'activité qui fait l'objet de la concession;

c) Incapacité d'entreprendre la construction de l'ouvrage, de commencer à exécuter le projet ou de soumettre les plans et les études techniques nécessaires dans un délai fixé à partir de l'octroi de la concession.

15. En principe, la résiliation devrait être réservée aux situations où l'autorité contractante ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire sélectionné prenne les mesures nécessaires pour commencer à exécuter le projet. À cet égard, il importe que l'autorité contractante prenne en considération toutes les circonstances qui pourraient excuser le retard pris par le concessionnaire pour s'acquitter de ses obligations. En outre, le concessionnaire ne devrait pas subir les conséquences de l'inaction ou d'une erreur de la part de l'autorité contractante ou d'autres organismes publics. Par exemple, la résiliation de l'accord de projet ne devrait pas normalement être justifiée lorsque le concessionnaire, pour des raisons indépendantes de sa volonté, ne parvient pas à obtenir auprès des pouvoirs publics, dans les délais convenus, les licences et autorisations requises.

ii) Défaillance grave pendant la phase de construction

16. Les exemples de situations pouvant justifier la résiliation de l'accord de projet pendant la phase de construction sont notamment les suivants:

a) Incapacité de respecter les règles de construction, les spécifications ou la conception minimale et les normes de résultat et incapacité inexcusable d'achever les travaux dans le délai convenu;

b) Incapacité de fournir ou de renouveler les garanties requises dans les conditions convenues;

c) Violation des obligations légales ou contractuelles essentielles, prévues dans l'accord de projet.

17. La résiliation devrait être proportionnée à l'importance de la défaillance du concessionnaire et aux conséquences de cette défaillance pour l'autorité contractante. Par exemple, celle-ci peut avoir un intérêt légitime à préciser la date à laquelle les travaux de construction doivent être achevés et il serait de ce fait justifié qu'elle considère un retard dans l'achèvement des travaux comme un cas de défaillance et, donc, comme un motif de résiliation. Toutefois, le seul retard, en particulier s'il n'est pas excessif au regard des spécifications de l'accord de

projet, ne devrait pas être une raison suffisante de résiliation lorsque l'autorité contractante s'est par ailleurs assurée de l'aptitude du concessionnaire à achever les travaux de construction, conformément aux normes de qualité requises, et de son engagement de mener sa tâche à bien.

iii) Défaillance grave pendant la phase d'exploitation

18. Des exemples particuliers de défaillance pouvant justifier la résiliation de la concession pendant la phase d'exploitation sont notamment les suivants:

a) Grave incapacité de fournir des services conformément aux normes de qualité légales et contractuelles;

b) Suspension ou interruption inexcusables de la fourniture du service considéré sans le consentement préalable de l'autorité contractante;

c) Grave incapacité du concessionnaire de maintenir l'ouvrage, ainsi que le matériel et les dépendances y relatifs conformément aux normes de qualité convenues, et retard inexcusable dans l'exécution des travaux de maintenance conformément aux plans, programmes et calendriers convenus;

d) Méconnaissance des mesures de contrôle des prix, le cas échéant, ou autre violation grave des règles, règlements ou dispositions contractuelles régissant la fourniture du service considéré;

e) Non-exécution des sanctions infligées par l'autorité contractante ou l'organisme réglementaire, selon le cas, pour violation des obligations du concessionnaire.

19. Pour promouvoir la transparence et l'intégrité dans les affaires publiques, la législation de certains pays prévoit en outre la résiliation de l'accord de projet lorsque le concessionnaire est coupable de fraudes fiscales ou d'autres types d'actes frauduleux, ou si ses agents ou salariés sont impliqués dans la corruption de fonctionnaires ou se livrent à d'autres pratiques de corruption (voir également chap. VII, "Droit applicable", ...). Dans ces cas, il peut être souhaitable d'établir dans quelle mesure le concessionnaire se livre effectivement à des pratiques de corruption pour influencer les décisions de fonctionnaires en sa faveur, ou si des versements illégaux sont opérés sous des pressions irrésistibles ou sous la menace de fonctionnaires du pays hôte (délit souvent qualifié de "concussion").

b) Insolvabilité du concessionnaire

20. En général, il faut assurer en permanence des services d'infrastructure et c'est pourquoi la plupart des législations nationales stipulent que l'accord peut être résilié si le concessionnaire est déclaré insolvable ou en faillite. Afin de garantir la continuité du service, les actifs et les biens qui doivent être cédés à l'autorité contractante peuvent être exclus de la procédure d'insolvabilité et la loi peut exiger l'approbation préalable des pouvoirs publics pour tout acte de disposition, par un liquidateur ou un administrateur de l'insolvabilité, d'une catégorie quelconque d'actifs détenus par le concessionnaire.

21. Dans les systèmes juridiques qui autorisent la constitution de sûretés réelles sur la concession proprement dite (voir chap. IV, "L'accord de projet", ...), la loi dispose habituellement que l'autorité contractante peut, en consultation avec les créanciers nantis, désigner un administrateur temporaire pour assurer la continuité du service considéré, en attendant que les créanciers nantis admis dans la procédure d'insolvabilité décident, sur recommandation de l'administrateur de l'insolvabilité, si l'activité doit être poursuivie ou si le droit d'exploiter la concession doit être mis aux enchères.

c) Résiliation au gré de l'autorité contractante

22. Dans la pratique contractuelle de certains pays, les organismes publics qui font exécuter des travaux de construction conservent habituellement le droit de résilier le contrat de travaux à leur gré (c'est-à-dire sans avoir à fournir de justification, si ce n'est en invoquant l'intérêt de l'État). Dans certaines juridictions de "common law", ce droit ne peut être exercé que s'il est expressément stipulé dans une loi ou dans le contrat. Plusieurs systèmes juridiques s'inscrivant dans la tradition du droit romain reconnaissent également aux organismes publics le pouvoir analogue de résilier un contrat pour des raisons d'"ordre public" ou d'intérêt "général". Dans certains pays, ce droit peut être tacite au regard de l'autorité contractante publique, même en l'absence d'une disposition légale ou contractuelle explicite à cet effet. Dans la mesure où le pouvoir de déterminer ce qui constitue l'intérêt public peut relever de la discrétion des pouvoirs publics, le droit absolu de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt public est comparable à une résiliation au gré de l'autorité contractante. Le droit des pouvoirs publics de résilier un contrat à leur gré ou pour des raisons d'intérêt public, dans les systèmes juridiques qui reconnaissent une telle notion, est jugé essentiel pour préserver le pouvoir discrétionnaire des pouvoirs publics d'exercer leurs fonctions qui ont une incidence sur le bien public.

23. Néanmoins, les conditions de l'exercice de ce droit et ses conséquences devraient être soigneusement examinées. Si l'autorité contractante dispose du droit général et absolu de résilier à son gré un contrat, cela peut représenter un risque impondérable que ni le concessionnaire, ni le prêteur ne seraient prêts à accepter sans avoir la garantie suffisante qu'ils seront rapidement et équitablement dédommagés pour les pertes subies. Si elle est envisagée, la possibilité de résilier un contrat au gré de l'autorité contractante devrait donc être portée à la connaissance des investisseurs potentiels dès que possible et devrait être expressément mentionnée dans le projet d'accord publié avec la sollicitation de propositions (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", ...). Les dédommagements exigibles pour résiliation au gré de la partie contractante peuvent, dans la pratique, viser les éléments qui sont pris en compte dans le calcul des dédommagements dus pour résiliation en cas de défaillance grave de l'autorité contractante (voir par. 42). En outre, il est en général souhaitable de limiter l'exercice du droit de résiliation au gré de l'autorité contractante à des situations exceptionnelles, lorsqu'une raison impérative d'intérêt public exige la résiliation de l'accord de projet (par exemple, lorsque des changements intervenus ultérieurement dans les politiques et plans gouvernementaux nécessitent qu'un projet soit intégré dans un réseau plus large ou lorsque des changements intervenus dans les plans de l'autorité contractante exigent d'importantes révisions du projet influant sensiblement sur la conception initiale ou sur la faisabilité commerciale du projet dans les conditions d'exploitation propres au secteur privé). En particulier, il n'est pas souhaitable de considérer le droit de résiliation au gré de l'autorité contractante comme moyen de substitution à d'autres recours contractuels lorsque les résultats obtenus par le concessionnaire ne donnent pas satisfaction (voir le chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

2. Résiliation par le concessionnaire

24. Si dans certains systèmes juridiques l'autorité contractante peut conserver le droit absolu de résilier l'accord de projet, les motifs de résiliation par le concessionnaire sont habituellement limités aux cas de défaillance grave de la part de l'autorité contractante ou à d'autres situations exceptionnelles, et ne comprennent pas normalement le droit général de résilier l'accord de projet au gré du concessionnaire.

a) Défaillance grave de l'autorité contractante

25. Conformément à une règle de droit appliquée dans de nombreux systèmes juridiques, une partie au contrat peut refuser de s'acquitter de ses obligations en cas de violation par l'autre partie. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, cette règle ne s'applique pas aux contrats publics et la loi stipule au contraire que les entrepreneurs publics ne sont pas déchargés de leurs obligations uniquement en raison d'une violation du contrat par l'autorité contractante, à moins que le contrat ne soit annulé en vertu d'une décision judiciaire ou arbitrale, et seulement lorsqu'une telle décision a été prise. Les règles de ce type peuvent avoir pour objet d'assurer la continuité des services publics ((voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

26. Il convient de noter, toutefois, que si l'autorité contractante peut atténuer les conséquences d'une défaillance du concessionnaire en usant de son droit d'intervention, le concessionnaire ne dispose pas en général d'un recours comparable. En cas de défaillance grave de l'autorité contractante, le concessionnaire peut subir des préjudices très importants, voire irréparables, en fonction du temps requis pour obtenir une décision finale libérant le concessionnaire de ses obligations en vertu de l'accord de projet. Ces circonstances soulignent l'importance des garanties de l'État au regard des obligations assumées par les autorités contractantes (voir chap. II, "Appui des pouvoirs publics", ...) et la nécessité de permettre aux parties de choisir des mécanismes de règlement des différends rapides et efficaces (voir chap. VIII, "Règlement des différends", ...).

27. Dans les systèmes juridiques où l'autorité contractante a le droit de demander que des modifications soient apportées au projet, certaines lois accordent au concessionnaire le droit de résilier l'accord de projet si l'autorité contractante remanie ou modifie le projet initial d'une manière qui accroît sensiblement le montant des investissements requis et si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le montant approprié des dédommagements (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

28. Outre les cas de défaillance grave de la part de l'autorité contractante proprement dite, il pourrait être équitable d'autoriser la résiliation du contrat par le concessionnaire si celui-ci ne peut fournir le service en raison de faits imputables à des organismes publics autres que l'autorité contractante, comme l'inaptitude à assurer l'application de certaines mesures d'appui nécessaires à l'exécution de l'accord de projet (voir chap. II, "Appui des pouvoirs publics", ...).

b) Évolution des conditions

29. Certains systèmes juridiques autorisent le concessionnaire à résilier l'accord de projet si les résultats attendus de lui ont été rendus sensiblement plus onéreux du fait d'une modification imprévue des conditions et que les parties n'ont pu s'entendre sur une révision appropriée de nature à adapter l'accord de projet à l'évolution de la situation (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...).

3. Résiliation par l'une ou l'autre partie

a) Empêchement d'exécution

30. Certaines législations prévoient que les parties peuvent résilier l'accord de projet si l'exécution de leurs obligations est rendue impossible de façon constante en raison d'une circonstance définie dans l'accord de projet comme un empêchement exonératoire (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...). À cet égard, il est souhaitable de prévoir dans l'accord de projet que, si l'empêchement exonératoire persiste pendant un délai déterminé ou si la durée cumulative de deux ou de plusieurs empêchements exonératoires dépasse un délai déterminé, le contrat peut être résilié par l'une ou l'autre partie. Si l'exécution du projet est en outre rendue impossible pour des motifs juridiques, par exemple en raison d'une modification de la législation ou suite à une décision de justice touchant la validité de l'accord de projet, le droit de résiliation peut ne pas être assorti d'un délai prédéterminé et peut être exercé dès que la législation a été modifiée ou que tout autre obstacle juridique prend effet.

b) Consentement mutuel

31. Enfin, certains systèmes juridiques autorisent les parties à résilier l'accord de projet par consentement mutuel, sous réserve habituellement de l'approbation d'une autorité publique désignée.

D. Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet

32. En général, le droit du concessionnaire d'exploiter l'ouvrage et de fournir le service pertinent prend fin au moment de l'achèvement du projet ou de la résiliation de l'accord de projet. Cela nécessite souvent le transfert d'actifs à l'autorité contractante ou à un autre concessionnaire qui entreprend d'exploiter l'ouvrage (voir par. 33 à 38). Cette opération peut avoir d'importantes conséquences financières qui doivent être réglées avec soin dans l'accord de projet, en particulier en cas de résiliation par l'une ou l'autre partie (voir par. 39 à 45). Les parties doivent aussi convenir de diverses mesures de liquidation pour assurer dans de bonnes conditions le transfert de la responsabilité de l'exploitation de l'ouvrage et de la prestation du service (voir par. 46 à 58).

1. Transfert d'actifs associés au projet

33. Un certain nombre de législations prévoient que, au moment de l'expiration de la concession, les actifs et les biens initialement mis à la disposition du concessionnaire ainsi que d'autres éléments intéressant le projet doivent être rendus à l'autorité contractante. Toutefois, il se peut, dans le cadre de certains projets, que le concessionnaire ne soit pas tenu de céder les actifs à l'autorité contractante, par exemple lorsqu'il possède lui-même ces actifs ou lorsque ceux-ci sont transférés directement du concessionnaire à un autre concessionnaire qui lui succède pour fournir le service considéré.

a) Transfert d'actifs à l'autorité contractante

34. La législation de certains pays met l'accent en particulier sur l'intérêt que représentent pour l'autorité contractante les actifs physiques associés au projet et exige en général qu'ils soient cédés dans leur totalité à l'autorité contractante alors que, dans d'autres pays, les projets d'infrastructure à financement privé sont considérés essentiellement comme un moyen de fournir des services pendant une durée déterminée et non de construire des biens. Ainsi, la législation de ces derniers pays limite-t-elle l'obligation de cession du concessionnaire à certaines catégories d'actifs jugés nécessaires pour garantir la prestation du service. Ces différences de conception dans la législation illustrent souvent la diversité des rôles dévolus aux secteurs public et privé dans différents systèmes juridiques et économiques, mais elles peuvent aussi être le résultat de considérations pratiques de la part de l'autorité contractante.

35. Une raison concrète qui incite l'autorité contractante à autoriser le concessionnaire à conserver certains actifs à la fin de la période du projet peut être le désir d'abaisser le coût auquel le service sera fourni. Si les actifs du projet sont susceptibles d'avoir une valeur résiduelle pour le concessionnaire et que cette valeur peut être prise en compte pendant le processus de sélection, l'autorité contractante peut s'attendre à ce que le prix demandé pour le service soit moins élevé. En effet, si le concessionnaire ne s'attend pas à assumer la totalité du coût des actifs durant la vie du projet mais peut en amortir une partie en les vendant ou en les utilisant à d'autres fins, après l'expiration de l'accord de projet, il est possible que le service puisse être assuré à un plus faible coût que si le concessionnaire devait assumer tous les frais pendant la vie du projet. En outre, il se peut que certains actifs nécessitent à la fin du projet une remise à neuf ou une amélioration technique telles qu'il n'est peut-être pas rentable pour l'autorité contractante de les réclamer. Il se peut qu'il existe aussi des responsabilités subsidiaires ou qu'il y ait des coûts indirects, par exemple une responsabilité pour atteintes à l'environnement ou des coûts de démolition. C'est pourquoi la législation de certains pays n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les actifs à l'autorité contractante, mais permet d'établir une distinction entre trois grandes catégories d'actifs:

a) *Actifs devant être transférés à l'autorité contractante.* Cette catégorie comprend en général les actifs détenus par l'autorité contractante ou un autre organisme public du pays hôte, qui ont été utilisés par le concessionnaire pour fournir le service considéré. Ils peuvent inclure à la fois les ouvrages mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité contractante et les nouveaux ouvrages construits par le concessionnaire conformément à l'accord de projet. Certaines législations exigent également le transfert des actifs, biens et matériels acquis

ultérieurement par le concessionnaire afin d'assurer l'exploitation de l'ouvrage, en particulier lorsqu'ils deviennent partie intégrante ou sont solidaires de façon permanente de l'infrastructure, qui doit être cédée à l'autorité contractante. Dans la tradition juridique de certains pays, quand le projet a été mené à terme, le concessionnaire est tenu de transférer sans frais à l'autorité contractante ces actifs exempts de toute hypothèque et charge, à l'exception des dédommagements pour les améliorations apportées aux biens ou pour leur modernisation en vue d'assurer la continuité du service, dont le coût n'a pas encore été recouvré par le concessionnaire. Dans la pratique, une telle règle présuppose que soient négociés une période de concession suffisamment longue ainsi qu'un niveau de recettes suffisamment élevé pour que le concessionnaire puisse pleinement amortir son investissement et rembourser ses dettes. D'autres législations font apparaître une plus grande souplesse en autorisant l'autorité contractante à dédommager le concessionnaire pour la valeur résiduelle, le cas échéant, des biens qu'il a construits;

b) *Actifs pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré.* Cette catégorie comprend habituellement les actifs initialement détenus par le concessionnaire ou acquis ultérieurement par lui qui, sans être indispensables ou strictement nécessaires à la fourniture du service, peuvent rendre plus commode ou plus efficace l'exploitation de l'ouvrage ou peuvent améliorer la qualité du service. Si l'autorité contractante décide d'exercer son droit d'acquérir ces actifs, le concessionnaire a normalement droit à un dédommagement correspondant à leur valeur au prix du marché au moment donné. Toutefois, si l'on pouvait s'attendre à ce que ces actifs soient entièrement amortis (à savoir si les arrangements financiers du concessionnaire ne prévoyaient aucune valeur résiduelle des actifs), alors le prix versé pourrait être uniquement nominal. Dans la pratique contractuelle de certains pays, il est courant que l'autorité contractante conserve certaines sûretés réelles dans ces actifs (comme un droit de rétention), à titre de garantie de transfert effectif;

c) *Actifs demeurant la propriété privée du concessionnaire.* Il s'agit d'actifs détenus par le concessionnaire qui n'entre pas dans la catégorie b) ci-dessus. En général, l'autorité contractante n'a pas de droit sur ces actifs dont le concessionnaire peut librement disposer ou qu'il peut librement retrancher.

b) Transfert d'actifs à un nouveau concessionnaire

36. Comme indiqué précédemment, à l'expiration de l'accord de projet, l'autorité contractante voudra peut-être soumettre la concession à un nouvel appel d'offres plutôt qu'exploiter elle-même l'ouvrage (voir par. 3). À cette fin, il pourrait être utile que la loi exige du concessionnaire qu'il mette les actifs à la disposition du nouveau concessionnaire. Pour garantir une bonne transition des opérations et la continuité du service, le concessionnaire devrait être tenu de coopérer avec le nouveau concessionnaire lors de la remise des actifs considérés. Le transfert des actifs entre les concessionnaires peut nécessiter le versement de certains dédommagements au concessionnaire titulaire, selon que les actifs ont été ou non amortis pendant la vie du projet:

a) *Dédommagement au prix du marché.* Le concessionnaire peut être habilité à percevoir un dédommagement pour les actifs remis au concessionnaire qui lui succède, en particulier si sa proposition initiale prévoyait une certaine valeur résiduelle des actifs à la fin de la période du projet ou si la proposition financière supposait d'importantes recettes provenant de tiers;

b) *Dédommagement nominal.* Si un élément de valeur résiduelle ou des recettes provenant de tiers ne sont pas envisagés dans le financement du concessionnaire, il peut ne pas y avoir de raison de prime abord d'exiger du nouveau concessionnaire le versement d'un quelconque dédommagement au concessionnaire initial hormis une contrepartie nominale. En effet, si le concessionnaire a obtenu les bénéfices qu'il escomptait, tout transfert du nouveau concessionnaire représenterait une dépense supplémentaire qui finalement devrait être financée par les prix appliqués par ce dernier conformément au deuxième accord.

c) Situation des actifs au moment du transfert

37. Lorsque les actifs sont cédés à l'autorité contractante ou directement transférés à un nouveau concessionnaire, le concessionnaire est en général tenu de les transférer en bon état et en bonne condition de fonctionnement, exempts d'hypothèques ou de charges. Le droit de l'autorité contractante de recevoir ces actifs dans ces conditions est complété dans certaines législations par l'obligation imposée au concessionnaire de maintenir et de transférer le projet dans les conditions qu'impose une maintenance prudente et d'offrir des garanties à cet effet (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...). Lorsque l'autorité contractante demande que les actifs soient remis dans des conditions prédéterminées, ces conditions devraient être acceptables. S'il peut être raisonnable que l'autorité contractante demande que les actifs aient une durée de vie résiduelle définie, elle ne devrait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'ils soient comme neufs.

38. Il est souhaitable d'élaborer des procédures pour déterminer l'état des actifs qui doivent être transférés à l'autorité contractante. Il pourrait être utile, par exemple, de constituer un comité comprenant des représentants de l'autorité contractante et du concessionnaire pour établir si l'ouvrage est dans l'état prescrit et conforme aux critères pertinents énoncés dans l'accord de projet. Celui-ci peut aussi prévoir la désignation et le mandat d'un tel comité auquel pourrait être dévolu le pouvoir de demander au concessionnaire de prendre des mesures raisonnables pour réparer l'ouvrage ou éliminer tout défaut ou insuffisance qu'il pourrait faire apparaître. Il pourrait être souhaitable de prévoir une inspection spéciale qui interviendrait un an avant l'expiration de la concession, après quoi l'autorité contractante pourrait demander au concessionnaire de prendre des mesures de maintenance supplémentaires pour faire en sorte que les biens soient en bon état au moment du transfert. L'autorité contractante souhaitera peut-être demander au concessionnaire d'offrir des garanties spéciales pour assurer dans des conditions satisfaisantes la remise de l'ouvrage (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ...). L'autorité contractante pourrait puiser dans ces garanties pour financer le coût de la réparation des actifs ou des biens endommagés.

2. Arrangements financiers au moment de la résiliation

39. La résiliation anticipée de l'accord de projet peut intervenir avant que le concessionnaire ait pu recouvrer son investissement, rembourser ses dettes et dégager les bénéfices attendus, ce qui peut lui causer des pertes importantes. Des pertes peuvent également être subies par l'autorité contractante qui devra peut-être faire des investissements supplémentaires ou engager de fortes dépenses pour, par exemple, achever l'ouvrage ou continuer à fournir les services pertinents. Cela étant, les accords de projet renferment en général des dispositions détaillées traitant des obligations et droits financiers des parties au moment de la résiliation. Les normes habituelles de dédommagement varient en général selon les motifs de la résiliation. Néanmoins, lors de la négociation des accords de dédommagement, les parties prennent habituellement en considération les facteurs suivants:

a) *Encours de la dette, participation au capital et bénéfices attendus.* La résiliation du projet figure en général parmi les cas de défaillance dans les accords de prêt du concessionnaire. Dans la mesure où les accords de prêt comprennent en général "une clause d'exigibilité immédiate" en vertu de laquelle l'intégralité de la dette peut devenir exigible au moment où survient une défaillance, la perte immédiate subie par le concessionnaire au moment de la résiliation de l'accord de projet peut inclure le montant de la dette en suspens. La question de savoir si et dans quelle mesure une telle perte peut-être compensée par l'autorité contractante dépend habituellement du motif de la résiliation de l'accord de projet. Un dédommagement partiel peut être limité à un montant correspondant à la valeur des travaux exécutés de façon satisfaisante par le concessionnaire, alors qu'un dédommagement complet peut couvrir l'encours de la dette dans son intégralité. Une autre catégorie de perte parfois prise en compte dans les accords de dédommagement a trait à la perte de la participation au capital par les promoteurs du projet dans la mesure où un tel investissement n'est pas encore recouvré au moment de la résiliation. Enfin, la résiliation prive également le concessionnaire des bénéfices que l'ouvrage aurait pu lui procurer. Bien que le manque à gagner ne soit pas en général considéré comme un réel préjudice, dans des circonstances exceptionnelles, comme une résiliation abusive par l'autorité contractante, la valeur courante des bénéfices escomptés peut être prise en compte dans les dédommagements dus au concessionnaire;

b) *Degré d'achèvement, valeur résiduelle et amortissement des actifs*. Les régimes de dédommagement contractuels correspondant à diverses causes de résiliation prévoient en général des dédommagements proportionnés au degré d'achèvement des travaux au moment de la résiliation. La valeur de l'ouvrage est habituellement déterminée en fonction de l'investissement nécessaire à sa construction (en particulier si la résiliation intervient pendant la phase de construction) ou de la valeur "résiduelle" de l'ouvrage. La valeur résiduelle signifie la valeur au prix du marché de l'infrastructure au moment de la résiliation. La valeur du marché peut être difficile à déterminer, voire inexistante pour certains types d'infrastructure matérielle (comme les ponts ou les routes) ou pour les ouvrages dont la durée d'exploitation est proche de son terme. Parfois, on peut estimer la valeur résiduelle en prenant en compte l'utilité attendue de l'ouvrage pour l'autorité contractante. Toutefois, il peut être difficile d'établir la valeur d'ouvrages inachevés, en particulier si le montant de l'investissement que doit encore consentir l'autorité contractante pour rendre l'ouvrage opérationnel dépasse le montant effectivement investi par le concessionnaire. En tout état de cause, le montant de la valeur résiduelle est rarement réglé dans son intégralité, en particulier lorsque les recettes dégagées du projet constituent la seule rémunération de l'investissement du concessionnaire. Ainsi, au lieu de percevoir un dédommagement complet correspondant à la valeur de l'ouvrage, le concessionnaire reçoit souvent un dédommagement correspondant uniquement à la valeur résiduelle des actifs qui n'ont pas encore été entièrement amortis au moment de la résiliation. Dans ce contexte, la notion d'"amortissement" économique renvoie à l'imputation progressive de l'investissement sur les recettes dégagées du projet, dans l'hypothèse où l'ouvrage n'aurait pas de valeur résiduelle au moment de l'expiration du projet.

a) Résiliation due à une défaillance du concessionnaire

40. En général, le concessionnaire n'a pas droit à un dédommagement lorsque la résiliation est due à une défaillance de sa part. Dans certains cas, il peut même être dans l'obligation de verser des dommages-intérêts à l'autorité contractante, bien que, dans la pratique, un concessionnaire défaillant dont les dettes sont déclarées exigibles par ses créanciers a rarement à sa disposition des moyens financiers suffisants pour régler effectivement ces dommages-intérêts.

41. La résiliation pour défaillance, même lorsqu'elle est considérée comme une sanction pour défaut grave d'exécution, ne devrait pas avoir pour conséquence l'enrichissement injuste de l'une ou l'autre partie. Ainsi, la résiliation ne doit pas nécessairement donner à l'autorité contractante le droit de reprendre des actifs sans rémunérer le concessionnaire. Pour régler équitablement cette question, on pourrait peut-être établir une distinction entre les différents types d'actifs, selon les arrangements y relatifs envisagés dans l'accord de projet (voir par. 35):

a) *Actifs devant être transférés à l'autorité contractante*. Lorsque l'accord de projet requiert le transfert automatique des actifs du projet à l'autorité contractante à l'expiration de l'accord, la résiliation pour défaillance n'implique pas habituellement le versement de dédommagements au concessionnaire pour les actifs considérés, à l'exception de la valeur résiduelle des travaux correctement exécutés, dans la mesure où ils n'ont pas encore été amortis par le concessionnaire;

b) *Actifs pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré*. Certains dédommagements financiers peuvent être indiqués lorsque l'autorité contractante a le choix d'acquérir les actifs à la valeur du marché ou pour une somme nominale au moment de l'expiration de l'accord de projet, ou le droit de demander qu'ils soient offerts au nouvel attributaire du projet. Toutefois, il peut être légitime d'envisager un dédommagement financier inférieur à la valeur totale des actifs de manière à encourager le concessionnaire à améliorer ses résultats. De même, il n'est peut-être pas nécessaire que ce dédommagement couvre le montant total du remboursement de l'encours de la dette du concessionnaire. Il est souhaitable de fixer les détails de la formule régissant les dédommagements financiers dans l'accord de projet (par exemple, il faudrait déterminer si le dédommagement couvre la valeur désagrégée des actifs ou le montant le moins élevé entre l'encours de la dette et la valeur des usages concurrents);

c) *Actifs restant la propriété privée du concessionnaire*. Lorsque l'accord de projet ne prévoit pas la remise des actifs à la fin de la période de concession et que de nouveaux prestataires de services peuvent être facilement trouvés, l'autorité contractante n'a peut-être pas intérêt à reprendre les actifs du concessionnaire. Toutefois, lorsque l'autorité contractante juge nécessaire de reprendre ces actifs, même si cela n'a pas été prévu dans l'accord de projet, il serait équitable de dédommager le concessionnaire sur la base de la valeur des actifs au prix du marché. Toutefois, l'accord de projet peut prévoir que les dédommagements seront réduits du montant supporté par l'autorité contractante pour obtenir un nouveau service.

b) Résiliation due à une défaillance de l'autorité contractante

42. En général, le concessionnaire a droit à une réparation intégrale pour les pertes subies suite à la résiliation de l'accord pour des motifs attribuables à l'autorité contractante. Les dédommagements dus au concessionnaire comprennent habituellement les dédommagements correspondant à la valeur des travaux et des ouvrages, dans la mesure où ils n'ont pas déjà été amortis, ainsi qu'au préjudice causé au concessionnaire, y compris le manque à gagner, qui est d'ordinaire calculé sur la base des recettes du concessionnaire durant les exercices précédents. Le concessionnaire peut avoir droit à une réparation intégrale au titre de la dette et du capital social, y compris du service de la dette et du manque à gagner.

c) Résiliation pour d'autres motifs

43. En prévoyant des accords de dédommagement en cas de résiliation due à des circonstances sans rapport avec une défaillance de l'une ou l'autre partie, il serait peut-être utile d'établir une distinction entre les empêchements exonératoires et la résiliation déclarée par l'autorité contractante pour des raisons d'intérêt public ou pour d'autres motifs analogues.

i) Résiliation due à des empêchements exonératoires

44. Par définition, les empêchements exonératoires sont hors de portée du contrôle des parties et, en règle générale, la résiliation dans ces circonstances pourrait ne pas donner lieu à des demandes de dédommagements par l'une ou l'autre partie. Toutefois, dans certains cas, il pourrait être équitable de prévoir des dédommagements pour le concessionnaire, par exemple une juste compensation pour les travaux déjà réalisés, en particulier lorsque les actifs, en raison de leur nature spécifique, ne peuvent être retranchés par le concessionnaire ou mis à profit par lui, mais peuvent être efficacement utilisés par l'autorité contractante pour fournir le service pertinent (par exemple un pont). Toutefois dans la mesure où, en de tels cas, la résiliation ne peut être attribuée à l'autorité contractante, il n'est peut-être pas nécessaire que les dédommagements dus au concessionnaire représentent une réparation "intégrale" (à savoir remboursement de la dette, du capital social et du manque à gagner).

ii) Résiliation au gré de l'autorité contractante

45. Lorsque l'accord de projet reconnaît le droit de l'autorité contractante de résilier l'accord à son gré, les dédommagements à verser au concessionnaire englobent en général les dédommagements pour les mêmes éléments que ceux à prendre en compte dans les dédommagements exigibles en cas de résiliation pour défaillance de l'autorité contractante (voir par. 42), mais pas nécessairement de façon intégrale. Pour définir le montant équitable des dédommagements dus au concessionnaire, il peut être utile d'établir une distinction entre la résiliation au gré de l'autorité contractante pendant la phase de construction et la résiliation au gré de l'autorité contractante pendant la phase d'exploitation:

a) *Résiliation au gré de l'autorité contractante pendant la phase de construction.* Si l'accord de projet est résilié pendant la phase de construction, les accords de dédommagement peuvent être analogues à ceux qui sont appliqués dans le cadre des grands contrats de travaux qui autorisent la résiliation au gré de l'autorité contractante.

Dans ce cas, l'entrepreneur a en général droit à la part du montant correspondant aux travaux de construction exécutés dans des conditions satisfaisantes ainsi qu'aux dépenses engagées et aux pertes subies par lui en raison de la résiliation du contrat. Toutefois, dans la mesure où l'autorité contractante, normalement, ne verse pas une somme pour les travaux de construction exécutés par le concessionnaire, le principal critère pour calculer le dédommagement devrait être en général le montant de l'investissement total effectivement engagé par le concessionnaire jusqu'au moment de la résiliation, y compris toutes les sommes réellement décaissées au titre des facilités de prêt accordées par les prêteurs au concessionnaire pour exécuter les travaux de construction conformément à l'accord de projet, et les dépenses afférentes à l'annulation des accords de prêt. Une autre question est de savoir si, et dans quelle mesure, le concessionnaire peut avoir le droit de recouvrer le montant du manque à gagner correspondant à la partie du contrat qui a été résiliée au gré de la partie contractante. D'une part, le concessionnaire peut avoir renoncé à d'autres chantiers pour terminer le projet et mettre l'ouvrage en service pendant la durée prévue de la concession. D'autre part, si l'autorité contractante avait l'obligation de dédommager le concessionnaire pour manque à gagner, l'exercice de son droit de résilier l'accord à son gré risquerait d'être financièrement prohibitif. Dans le cadre de l'accord de projet, on pourrait, entre autres, établir une échelle des versements à effectuer par l'autorité contractante à titre de dédommagement pour manque à gagner, le montant de ces versements étant alors subordonné à l'état d'avancement des travaux lorsque l'accord de projet est résilié au gré de la partie contractante. Il convient de noter, toutefois, que dans la pratique contractuelle de certains pays, les organismes publiques ne sont assujettis à aucune obligation de dédommager le concessionnaire pour manque à gagner lorsqu'un grand contrat de travaux est résilié au gré de la partie contractante;

b) *Résiliation au gré de la partie contractante pendant la phase d'exploitation.* S'agissant des travaux de construction menés à terme de façon satisfaisante par le concessionnaire, les accords de dédommagement peuvent être les mêmes que dans le cas d'une résiliation au gré de la partie contractante pendant la phase de construction. Toutefois, un dédommagement équitable pour résiliation au gré de la partie contractante pendant la phase d'exploitation pourrait inclure un juste dédommagement pour manque à gagner, habituellement calculé sur la base des recettes dégagées par le concessionnaire pendant un certain nombre des exercices précédents. Dans ce cas, une norme plus élevée de dédommagement pourrait être justifiée par le fait que, contrairement à la résiliation pendant la phase de construction, alors que l'autorité contractante peut être obligée d'achever les travaux à ses frais, lorsque la résiliation intervient pendant la phase d'exploitation, l'autorité contractante peut avoir à sa disposition un ouvrage achevé, pouvant être exploité rentablement.

3. Mesures de liquidation et mesures transitoires

46. Lorsque l'ouvrage est transféré à l'autorité contractante à la fin de la période de concession, il se peut que les parties aient à prendre un ensemble de dispositions pour faire en sorte que l'autorité contractante soit à même d'exploiter ledit ouvrage selon les normes prescrites d'efficacité et de sûreté. L'accord de projet peut obliger le concessionnaire à transférer certaines technologies ou certains savoir-faire nécessaires à l'exploitation de l'infrastructure (voir par. 47 à 51). Il peut aussi prévoir le maintien, pendant une période transitoire, de certaines obligations du concessionnaire touchant l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage (voir par. 52 à 54). Il peut en outre prévoir l'obligation, pour le concessionnaire, d'assurer ou de faciliter la fourniture de pièces détachées dont l'autorité contractante peut avoir besoin pour réparer l'ouvrage (voir par. 55 à 58).

a) Transfert de technologie

47. Dans quelques cas, l'ouvrage transféré à l'autorité contractante comporte divers procédés technologiques nécessaires à la production de certains biens (par exemple, électricité ou eau potable) ou à la fourniture des services pertinents (par exemple, téléphone). Souvent, l'autorité compétente voudra se familiariser avec ces procédés et leur application. Elle voudra aussi acquérir l'information et les compétences techniques nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage. Même lorsque l'autorité contractante possède les qualifications de base requises pour mettre en œuvre certains éléments de l'exploitation et de la maintenance (par exemple, bâtiment ou génie civil), il

lui faudra peut-être acquérir des connaissances sur les procédés techniques spécialisés nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage dans les conditions voulues. La communication à l'autorité contractante de ces connaissances, informations et compétences renvoie souvent à ce que l'on appelle le "transfert de technologie".

48. Différentes dispositions contractuelles peuvent être adoptées pour le transfert de technologie et l'exécution des autres obligations nécessaires pour construire et exploiter l'ouvrage. En soi, le transfert de technologie peut s'effectuer de diverses manières, par exemple, par la délivrance de licences de propriété industrielle, par la création d'une coentreprise entre les parties ou par la fourniture d'un savoir-faire confidentiel. Le *Guide* n'a pas pour objet d'aborder dans le détail la négociation et la rédaction de contrats concernant l'octroi de licences de propriété industrielle, ou la fourniture de savoir-faire, ces questions ayant déjà été traitées en profondeur dans des ouvrages publiés par d'autres organismes des Nations Unies[1]. Les paragraphes ci-après signalent simplement certaines questions majeures que soulève la communication des connaissances nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage moyennant la formation du personnel de l'autorité contractante ou la fourniture d'une documentation.

49. Pour transférer à l'autorité contractante les informations et compétences techniques nécessaires à une bonne exploitation et à une bonne maintenance de l'ouvrage, il importe principalement de former le personnel de l'autorité contractante. Pour déterminer ses besoins en formation, dans la sollicitation de propositions ou pendant la négociation du contrat, l'autorité contractante peut demander au concessionnaire de lui fournir un organigramme indiquant les besoins en personnel pour assurer le fonctionnement et la maintenance de l'ouvrage, y compris les qualifications techniques de base et autres que le personnel doit posséder. Cet état des besoins devrait être suffisamment détaillé pour permettre à l'autorité contractante de déterminer l'ampleur de la formation requise compte tenu du personnel dont elle dispose. Le concessionnaire aura souvent les moyens voulus pour assurer la formation. Dans certains cas, toutefois, cette formation pourra être dispensée plus efficacement par un ingénieur-conseil ou par un établissement spécialisé dans la formation.

50. Les informations et compétences techniques nécessaires à la bonne exploitation et à la bonne maintenance de l'ouvrage peuvent également être transférées moyennant la fourniture d'une documentation technique. Cette documentation peut comprendre des plans, des dessins, des formules, des manuels d'exploitation et de maintenance et les prescriptions de sécurité. Il peut être souhaitable d'énumérer dans l'accord de projet les documents à fournir. Le concessionnaire peut être tenu de fournir des documents très détaillés et clairement rédigés, et dans une langue spécifiée. Il peut être souhaitable d'obliger le concessionnaire, à la demande de l'autorité contractante, de faire des démonstrations des procédures décrites dans la documentation, si celles-ci ne peuvent être comprises sans démonstration.

51. Le moment auquel la documentation doit être fournie peut être précisé. L'accord de projet peut prévoir que la fourniture de toute la documentation doit être intervenue au moment fixé dans le contrat pour l'achèvement de l'ouvrage. Les parties voudront peut-être également prévoir que le transfert de l'ouvrage ne sera considéré comme accompli que lorsque toute la documentation concernant son exploitation qui, en vertu du contrat, doit être fournie

---

[1]La négociation et l'élaboration de contrats concernant l'octroi de licences de propriété industrielle et la fourniture de savoir-faire sont traitées de façon détaillée dans le *Guide sur les licences pour les pays en développement* de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (publication OMPI N° 620 (F), 1977). Les principales questions à envisager lors de la négociation et de la rédaction de tels contrats sont énoncées dans les *Principes directeurs pour l'évaluation des accords de transfert de technologie*, Série "Mise au point et transfert des techniques", N° 12 (ID/233, 1979) et dans le *Guide sur la rédaction de contrats portant sur le transfert international de know-how (savoir-faire) dans l'industrie mécanique* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.II.E.15). Parmi d'autres publications pertinentes, on citera: le *Manuel sur l'acquisition de la technologie par les pays en développement* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.78.II.D.15). Pour une analyse du transfert de technologie dans le cadre de contrats de construction d'installations industrielles, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10), chap. VI, "Transfert de technologie".

avant l'achèvement des travaux, aura été effectivement communiquée. Il peut être souhaitable de prévoir qu'une certaine partie de la documentation (par exemple, les manuels d'exploitation) doit être fournie pendant la construction, une telle documentation pouvant en effet permettre au personnel ou à l'ingénieur de l'autorité contractante de se familiariser avec le fonctionnement des machines ou du matériel pendant leur construction.

b) Aide à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage après son transfert

52. Le volume de l'aide que l'autorité contractante attend du concessionnaire en ce qui concerne la fourniture des pièces détachées et des services sera subordonné à la technologie et au personnel qualifié que possède ou dont dispose l'autorité contractante. Si celle-ci manque de personnel suffisamment qualifié pour assurer le fonctionnement technique de l'ouvrage, elle voudra peut-être obtenir l'aide du concessionnaire pour l'exploiter, du moins dans un premier temps. Dans certains cas, elle voudra peut-être que le concessionnaire fournisse le personnel affecté à un grand nombre de postes techniques dans l'ouvrage, alors que dans d'autres cas, elle préférera qu'il fournisse uniquement les services d'experts techniques pour collaborer à titre consultatif avec son personnel afin d'assurer l'exécution de quelques opérations très spécialisées.

53. Pour aider l'autorité contractante à assurer l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage, l'accord de projet peut obliger le concessionnaire à soumettre, avant le transfert de l'ouvrage, un programme d'exploitation et de maintenance conçu pour maintenir l'ouvrage en exploitation pendant le reste de sa durée de vie, au niveau d'efficacité exigé en vertu de l'accord de projet. Le programme d'exploitation et de maintenance devrait notamment prévoir: un organigramme indiquant le personnel clef nécessaire à l'exploitation technique de l'ouvrage et les fonctions dont chaque personne doit s'acquitter; une inspection périodique de l'ouvrage; les opérations de graissage, nettoyage et ajustement; et le remplacement des pièces défectueuses ou usées. Dans la maintenance pourraient également entrer les opérations de caractère organisationnel, comme l'établissement de programmes de maintenance ou de registres et fichiers de maintenance. Le concessionnaire peut également être tenu par l'autorité contractante de fournir des manuels d'exploitation et de maintenance énonçant des procédures appropriées en la matière. Ces manuels devraient être présentés sous une forme et dans une langue facilement compréhensibles par le personnel de l'autorité contractante.

54. Un moyen efficace de former le personnel de l'autorité contractante aux procédures d'exploitation et de maintenance consisterait à prévoir dans l'accord de projet que ce personnel doit être associé au personnel du concessionnaire pour assurer les opérations d'exploitation et de maintenance pendant un certain temps avant ou après le transfert de l'ouvrage. Les postes que doivent occuper les membres du personnel employés par le concessionnaire peuvent ainsi être recensés et leurs qualifications et expérience précisées. Les fonctions assignées aux postes à pourvoir par les salariés du concessionnaire doivent être définies avec soin. Pour éviter les désaccords et les facteurs d'inefficacité, il est souhaitable de définir clairement le pouvoir que doit exercer le personnel de chaque partie sur le personnel de l'autre partie pendant la période considérée.

c) Fourniture de pièces de rechange

55. Dans les projets qui prévoient le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante, celle-ci devra obtenir des pièces de rechange pour remplacer les pièces usées ou endommagées et pour entretenir, réparer et exploiter l'ouvrage. Il se peut que les pièces de rechange ne soient pas disponibles localement ou d'une quelconque autre source et que l'autorité contractante soit tributaire du concessionnaire pour les obtenir. La programmation de la fourniture des pièces de rechange et des services après le transfert de l'ouvrage serait grandement facilitée si les parties prévoyaient dans l'accord de projet les besoins de l'autorité contractante à cet égard. Toutefois, étant donné la longue durée de la plupart des projets d'infrastructure, il peut être difficile pour les parties de prévoir dans l'accord de projet les besoins de l'autorité contractante après le transfert de l'ouvrage.

56. Les parties pourraient aussi conclure un contrat distinct pour régler ces questions[2]. Un tel contrat pourrait être conclu à un moment proche du transfert de l'ouvrage, lorsque l'autorité contractante a peut-être une idée plus précise de ses besoins. Si les pièces de rechange sont fabriquées non par le concessionnaire mais pour le concessionnaire par des fournisseurs, l'autorité contractante préférera peut-être, pour les obtenir, se mettre en rapport avec ces fournisseurs plutôt qu'avec le concessionnaire ou encore elle souhaitera peut-être que le concessionnaire les obtienne en qualité d'agent la représentant.

57. Il est souhaitable que le personnel de l'autorité contractante acquière les capacités techniques nécessaires à l'installation des pièces de rechange. À cette fin, l'accord de projet peut faire obligation au concessionnaire de fournir les manuels d'instructions, outils et matériels indispensables. Les manuels d'instructions devraient être présentés sous une forme et dans une langue facilement compréhensibles par le personnel de l'autorité contractante. Le contrat peut également exiger que le concessionnaire fournisse des plans conformes à l'exécution indiquant comment les diverses pièces sont reliées les unes aux autres et comment on peut y accéder afin de pouvoir installer les pièces de rechange et effectuer les opérations de maintenance et les réparations. Dans certains cas, il pourrait être utile que le concessionnaire soit tenu de former le personnel de l'autorité contractante à l'installation des pièces de rechange.

d) Réparations

58. L'autorité contractante a intérêt à prendre des dispositions contractuelles garantissant que l'ouvrage sera réparé rapidement en cas de panne. Dans de nombreux cas, le concessionnaire est peut-être mieux qualifié qu'une tierce personne pour effectuer les réparations. En outre, si l'accord de projet empêche l'autorité contractante de divulguer à des tiers la technologie fournie par le concessionnaire, cela peut limiter la sélection de tiers pour effectuer les réparations à ceux qui donneront des assurances, acceptables par le concessionnaire, qu'ils ne dévoileront pas la technologie de ce dernier. En revanche, si des pièces essentielles ont été fabriquées par des fournisseurs pour le concessionnaire, l'autorité contractante jugera peut-être préférable, pour effectuer les réparations, de conclure des contrats indépendants avec lesdits fournisseurs, lesquels seront peut-être plus qualifiés en la matière. Il est souhaitable de définir clairement la nature et la durée des obligations imposées, le cas échéant, au concessionnaire en matière de réparations et d'établir une distinction entre ces obligations et les obligations de corriger les défauts relevés dans l'ouvrage, assumées par le concessionnaire conformément aux garanties de qualité.

* * * * *

---

[2]La Commission économique pour l'Europe a établi un *Guide pour la rédaction de contrats internationaux de services relatifs à l'entretien, à la réparation et à l'exploitation d'installations industrielles et autres* qui peut, *mutatis mutandis*, aider les parties à élaborer un contrat ou des contrats distincts traitant de la maintenance et des réparations après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante (ECE/TRADE/154).