



**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**

Trente-troisième session
New York, 12 juin-7 juillet 2000

**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

IV. Construction et exploitation de l'infrastructure

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Recommandations concernant la législation		3
Notes sur les recommandations concernant la législation.	1-150	6
A. Dispositions générales de l'accord de projet	1-11	6
1. L'accord de projet dans la législation	2-4	6
2. Droit applicable à l'accord de projet	5-8	6
3. Conclusion de l'accord de projet	9-11	7
B. Organisation du concessionnaire	12-18	8
C. Site et actifs du projet et servitudes	19-32	10
1. Acquisition des terrains nécessaires à l'exécution du projet	20-22	10
2. Propriété des actifs du projet	23-29	11
3. Servitudes	30-32	13

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
D. Arrangements financiers	33-51	14
1. Obligations financières du concessionnaire	34-35	14
2. Fixation et réglementation des redevances	36-46	14
3. Obligations financières de l'autorité contractante	47-51	18
E. Sûretés	52-61	19
1. Sûreté sur des biens corporels	54-55	20
2. Sûreté sur des actifs incorporels	56-57	20
3. Sûreté sur des créances commerciales	58-60	21
4. Nantissement des actions de la société de projet	61	22
F. Cession de la concession	62-63	23
G. Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet	64-68	23
H. Projets de construction	69-79	25
1. Examen et approbation des plans de construction	72	25
2. Modification des modalités du projet	73-76	26
3. Pouvoirs de surveillance de l'autorité contractante	77-78	27
4. Période de garantie	79	27
I. Exploitation de l'infrastructure	80-97	28
1. Normes de résultat	82-83	28
2. Extension des services	84-85	28
3. Continuité du service	86-87	29
4. Égalité de traitement des clients ou usagers	88-89	30
5. Raccordement et accès aux réseaux d'infrastructure	90-93	30
6. Obligation d'information	94-95	31
7. Pouvoirs conférés au concessionnaire pour faire respecter les obligations ...	96-97	32
J. Arrangements contractuels généraux	98-150	32
1. Sous-traitance	99-104	32
2. Responsabilité à l'égard des usagers et des tiers	105-107	34
3. Garanties de bonne fin et assurance	108-120	35
4. Changements de circonstances	121-130	39
5. Clauses exonératoires	131-139	42
6. Défaillance et recours	140-150	44

Recommandations concernant la législation

Il est recommandé aux pays hôtes souhaitant promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé d'appliquer dans leur droit interne les principes ci-après:

Dispositions générales de l'accord de projet (voir par. 1 à 11)

Recommandation 39. La loi pourrait indiquer les principales clauses devant figurer dans l'accord de projet, qui pourraient comprendre les clauses mentionnées dans les recommandations ci-après.

Recommandation 40. Sauf disposition contraire, l'accord de projet est régi par la loi du pays hôte.

Organisation du concessionnaire (voir par. 12 à 18)

Recommandation 41. L'autorité contractante devrait avoir la possibilité d'exiger des soumissionnaires sélectionnés qu'ils constituent une entité juridique indépendante ayant son siège dans le pays.

Recommandation 42. L'accord de projet devrait préciser le capital minimum de la société de projet ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante des statuts de cette société et des modifications essentielles de ces statuts.

Site du projet, actifs et servitudes (voir par. 19 à 32)

Recommandation 43. L'accord de projet devrait préciser, lorsqu'il y a lieu, les actifs qui seront la propriété de l'État et ceux qui seront la propriété privée du concessionnaire. L'accord de projet devrait indiquer les actifs que le concessionnaire est tenu de transférer à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet; les actifs que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, racheter au concessionnaire et les actifs que le concessionnaire peut librement retirer ou dont il peut librement disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet.

Recommandation 44. L'autorité contractante devrait aider le concessionnaire à acquérir les servitudes nécessaires à l'exploitation, à la construction et à la maintenance de l'ouvrage. La loi pourrait autoriser le concessionnaire à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y fixer des installations selon les besoins de l'exploitation, de la construction et de la maintenance de l'ouvrage.

Arrangements financiers (voir par. 33 à 51)

Recommandation 45. La législation devrait permettre au concessionnaire de percevoir des redevances ou droits d'utilisation pour l'utilisation de l'installation ou des services qu'elle fournit. L'accord de projet devrait prévoir des méthodes et formules d'ajustement de ces redevances ou droits.

Recommandation 46. Lorsque les redevances ou droits demandés par le concessionnaire sont soumis au contrôle externe d'un organisme de réglementation, la loi devrait énoncer les mécanismes de révision périodique et extraordinaire des formules d'ajustement.

Recommandation 47. L'autorité contractante devrait être habilitée, s'il y a lieu, à convenir d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances que doivent acquitter les utilisateurs ou à s'engager à acheter des quantités déterminées de biens ou de services.

Sûretés (voir par. 52 à 61)

Recommandation 48. Le concessionnaire devrait avoir la charge de mobiliser les fonds nécessaires pour construire et exploiter l'ouvrage et, à cette fin, il devrait avoir le droit d'obtenir tout financement requis pour le projet en constituant une sûreté sur l'un quelconque de ses biens, en nantissant les actions de la société de projet, en nantissant le produit et les créances provenant de la concession ou en constituant toute autre sûreté appropriée sans préjudice de toute règle de droit pouvant interdire la constitution de sûretés sur un bien public détenu par le concessionnaire.

Cession de la concession (voir par. 62 et 63)

Recommandation 49. L'accord de projet devrait énoncer les conditions auxquelles l'autorité contractante peut donner son consentement à la cession de la concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de l'accord de projet et la production par ce dernier de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service. La concession ne devrait pas être cédée à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante.

Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet (voir par. 64 à 68)

Recommandation 50. Le transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire peut être soumis à l'assentiment de l'autorité contractante.

Travaux de construction (voir par. 69 à 79)

Recommandation 51. L'accord de projet devrait énoncer les procédures d'examen et d'approbation des plans et spécifications de l'ouvrage, le droit de l'autorité contractante de surveiller la construction dudit ouvrage ou les améliorations apportées à celui-ci, les conditions auxquelles elle peut ordonner des modifications des spécifications et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage, de ses équipements et de ses dépendances.

Exploitation de l'infrastructure (voir par. 80 à 97)

Recommandation 52. L'accord de projet devrait énoncer, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

- a) L'adaptation du service afin de répondre à la demande effective de ce service;
- b) La continuité du service;
- c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques à tous les usagers;
- d) L'accès non discriminatoire, selon qu'il convient, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le concessionnaire.

Recommandation 53. L'accord de projet devrait indiquer:

- a) La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme de réglementation, selon le cas, des rapports et d'autres informations sur ses activités;
- b) Les procédures permettant de suivre les résultats du concessionnaire et de prendre les mesures raisonnables que l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peut juger appropriées pour veiller à ce que l'ouvrage soit correctement

exploité et que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables.

Recommandation 54. Le concessionnaire devrait avoir le droit de publier et de faire appliquer les règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation.

Arrangements contractuels généraux (voir par. 98 à 150)

Recommandation 55. L'autorité contractante peut se réserver le droit d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou des personnes ayant un lien avec lui. En principe, l'autorité contractante ne devrait pas refuser de donner son approbation, sauf si les contrats contiennent des dispositions incompatibles avec l'accord de projet ou manifestement contraires à l'intérêt général ou aux règles impératives relevant du droit public.

Recommandation 56. Le concessionnaire et ses prêteurs, assureurs et autres cocontractants devraient être libres de choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles, sauf lorsqu'un tel choix irait à l'encontre de l'ordre public du pays hôte.

Recommandation 57. L'accord de projet devrait énoncer:

a) Les formes, la durée et les montants des garanties de résultat que le concessionnaire peut être tenu de fournir pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage;

b) Les polices d'assurance que le concessionnaire peut être tenu de souscrire;

c) L'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit à la suite de modifications de la législation ou d'autres changements de la situation économique ou financière rendant l'exécution de l'obligation sensiblement plus onéreuse que ce qui était initialement prévu. L'accord de projet devrait prévoir par ailleurs des mécanismes de révision, en cas de tels changements, des clauses qui y figurent;

d) La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans l'accord de projet en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable;

e) Les voies de recours ouvertes à l'autorité contractante et au concessionnaire en cas de défaillance de l'autre partie.

Recommandation 58. L'accord de projet devrait énoncer les cas dans lesquels l'autorité contractante peut temporairement assurer l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions, en cas de manquement grave du concessionnaire à ses obligations.

Recommandation 59. L'autorité contractante devrait être autorisée à conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec l'assentiment de ladite autorité, d'un nouveau concessionnaire dans le cadre de l'accord de projet en vigueur, si le concessionnaire original manque gravement à l'obligation de fournir le service requis ou si surviennent d'autres événements donnés pouvant justifier la résiliation de l'accord de projet.

Notes sur les recommandations concernant la législation

A. Dispositions générales de l'accord de projet

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

1. L'accord de projet dans la législation

2. Les législations nationales contiennent souvent des dispositions réglementant le contenu de l'accord de projet. Dans certains pays, la législation se borne à mentionner la nécessité d'un accord entre le concessionnaire et l'autorité contractante, tandis que celles d'autres pays contiennent des dispositions détaillées d'ordre public relatives au contenu des clauses devant figurer dans l'accord. Il y a enfin la législation des pays qui – approche intermédiaire – énumère les questions qui doivent être réglées dans l'accord de projet sans réglementer en détail le contenu des clauses de celui-ci.

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

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

2. Droit applicable à l'accord de projet

5. Il est rare que les législations internes contiennent des dispositions relatives au droit applicable aux 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

certain pays, même en l'absence de dispositions législatives à cet effet, la législation du pays hôte est tacitement applicable.

6. Le droit applicable à l'accord de projet comprend 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. 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 chapitre VII, "Autres domaines pertinents du droit", ____). Le droit applicable comprend 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 chapitre VII, "Autres domaines pertinents du droit", ____). 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, telles celles relatives aux 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).

7. Les pays hôtes souhaitant adopter une législation sur les projets d'infrastructure à financement privé lorsqu'il n'existe aucune législation de ce type pourront avoir à résoudre les différentes questions soulevées par de tels projets dans plusieurs textes législatifs. D'autres pays pourront souhaiter introduire une législation ne portant que sur certaines questions qui n'auraient pas déjà traitées de manière satisfaisante dans les textes législatifs et réglementaires existants. Une législation spécifique sur les projets d'infrastructure à financement privé pourra par exemple établir les caractéristiques particulières de la procédure de sélection du concessionnaire et renvoyer, s'il y a lieu, aux textes existants relatifs à l'attribution des marchés publics pour tout détail concernant l'administration de la procédure. D'ailleurs, lorsqu'ils adopteront une législation sur les projets d'infrastructure à financement privé, les pays hôtes pourront devoir abroger certains textes législatifs et réglementaires qui, d'après l'organe législatif, font obstacle à son application.

8. Dans un souci de clarté, il pourra être utile de porter à la connaissance des investisseurs potentiels les textes législatifs et réglementaires qui s'appliquent directement à l'exécution de tels projets et, s'il y a lieu, ceux qui ont été abrogés par l'organe législatif. Cependant, comme il ne sera pas possible d'énumérer complètement dans la législation tous les textes législatifs ou réglementaires intéressant directement ou accessoirement les projets d'infrastructure à financement privé, le mieux serait de les énumérer dans un document non législatif tel qu'une brochure promotionnelle ou un document d'information général remis aux soumissionnaires avec la sollicitation de propositions (voir chapitre III, "Sélection du concessionnaire", par. 60).

3. Conclusion de l'accord de projet

9. Pour des projets aussi complexes que des projets d'infrastructure, il n'est pas inhabituel que les négociations finales (voir chapitre III, "Sélection du concessionnaire", par. 83 et 84) entre les parties se poursuivent plusieurs mois avant que celles-ci soient prêtes à signer l'accord de projet. Du temps supplémentaire pourra également être nécessaire pour accomplir certaines formalités qui sont souvent prescrites par la loi telles que l'approbation de l'accord de projet par une autorité supérieure. L'entrée en vigueur de

l'accord de projet ou de certaines catégories d'accord de projet est subordonnée, dans certains pays, à une décision du Parlement, voire à l'adoption d'une loi spéciale. Étant donné le coût qu'entraîne tout retard dans l'application de l'accord de projet, il est conseillé de faire aboutir rapidement la négociation finale afin d'éviter tout retard inutile dans la conclusion de l'accord de projet.

10. Il a été relevé un certain nombre d'éléments qui retardent les négociations, par exemple le manque d'expérience des parties, le manque de coordination entre différents organes gouvernementaux, les incertitudes entourant l'appui pouvant être attendu des pouvoirs publics et la difficulté qu'il peut y avoir à constituer une sûreté acceptable pour les prêteurs. Les pouvoirs publics peuvent beaucoup faciliter les choses en donnant des indications appropriées aux négociateurs qui agissent au nom de l'autorité contractante. Mieux les parties s'entendront sur les dispositions à introduire dans l'accord de projet, plus elles auront de chances de mener à bien ces négociations. Inversement, lorsque des questions importantes restent en suspens après le processus de sélection et qu'il n'est guère donné d'indications aux négociateurs quant à la substance de l'accord de projet, on risque fort que les négociations se prolongent et que l'on se plaigne, non sans raison, que le processus de sélection n'a pas été suffisamment transparent et compétitif (voir également le chapitre III, "Sélection du concessionnaire", par. 83 et 84).

11. Les procédures de conclusion et d'entrée en vigueur de l'accord de projet doivent également être revues afin de régler rapidement les problèmes et d'éviter les conséquences néfastes de tout retard dans le calendrier du projet. Certains pays délèguent par voie législative le pouvoir d'engager la signature de l'autorité contractante ou de l'État, selon le cas, à certains fonctionnaires déterminés, de sorte que l'accord de projet entre en vigueur dès sa signature ou dès l'achèvement de certaines formalités, comme la parution du texte au Journal officiel. Dans les pays où cette procédure est inapplicable ou dans lesquels une autre instance doit encore donner son approbation finale, il est souhaitable d'envisager de rationaliser les procédures d'approbation. Lorsque les conditions de cette approbation sont jugées arbitraires ou trop lourdes, les pouvoirs publics peuvent être priés de donner au concessionnaire ou aux prêteurs des garanties suffisantes pour les mettre à l'abri de ce risque (voir chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 45 à 50). Dans certains pays où cette approbation est nécessaire, l'autorité contractante est parfois autorisée à défrayer le concessionnaire des dépenses que ce dernier a engagées pendant la phase de sélection et la préparation du projet si l'approbation finale est retardée pour des raisons indépendantes de la volonté du concessionnaire.

B. Organisation du concessionnaire

12. Certaines prescriptions concernant l'organisation du concessionnaire se trouvent fréquemment dans la législation nationale et sont développées par des dispositions détaillées dans les accords de projet. Elles portent habituellement sur des questions telles que la constitution du concessionnaire en personne morale, son capital, son champ d'activité, ses statuts et règlements. Dans la plupart des cas, les soumissionnaires retenus constituent une société de projet revêtant la forme d'une personne morale indépendante dotée de sa propre personnalité juridique, qui devient alors le concessionnaire en vertu de l'accord de projet. Une société de projet constituée en personne morale indépendante est l'entité généralement utilisée pour mobiliser des fonds dans le cadre de la formule du financement sur recettes (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 54). Sa constitution facilite la coordination des travaux relatifs au projet et offre un mécanisme de protection des intérêts de celui-ci, qui ne coïncident pas forcément avec les intérêts particuliers de chacun des promoteurs. Cette

considération peut être déterminante lorsqu'une partie importante des services ou des biens nécessaires au projet doit être fournie par des membres du consortium de projet.

13. La société de projet est généralement tenue de se constituer dans un délai raisonnablement bref après l'attribution du projet. Comme une bonne part de éléments du passif et des obligations du concessionnaire, y compris à long terme (accord de projet, accords de prêts, garanties et contrats de construction), se décident généralement tôt, il est bon que le projet soit représenté par une personne morale indépendante lorsque ces instruments sont négociés. On ne peut raisonnablement attendre, cependant, que des engagements fermes et définitifs soient donnés par les prêteurs et autres bailleurs de fonds avant l'attribution finale de la concession.

14. Souvent, la législation du pays hôte exige que les entités offrant des services publics soient constituées en personne morale. Cette exigence traduit la volonté de l'organe législatif de s'assurer, notamment, que les prestataires de services publics se conforment à la réglementation nationale en matière de comptabilité et d'information (par exemple publication d'états financiers ou règles de publicité concernant certains actes sociaux). Elle met en évidence, toutefois, la nécessité, pour le pays hôte, de disposer d'un droit des sociétés approprié (voir chapitre VII, "Autres domaines pertinents du droit", ____). Si la société de projet peut se constituer facilement, compte dûment tenu des exigences de l'intérêt général bien compris, cela peut éviter des retards inutiles dans la réalisation du projet.

15. Une autre question importante a trait aux apports de fonds propres nécessaires pour la constitution de la société de projet. L'autorité contractante peut à bon droit exiger un montant de fonds propres de nature à assurer la solidité financière de la société de projet et à garantir sa capacité de s'acquitter de ses obligations. Cependant, comme l'investissement total requis ainsi que le rapport idéal entre l'endettement et les fonds propres varient d'un projet à l'autre, une disposition législative imposant un capital social minimum d'un montant déterminé à toutes les sociétés réalisant des projets d'infrastructure est sans doute à déconseiller. On pourra, à la place, accorder à l'autorité contractante davantage de souplesse pour parvenir à un montant de souscription au capital adapté aux besoins financiers du projet. La souscription attendue pourra, par exemple, prendre dans la sollicitation de propositions la forme d'un ratio d'endettement souhaitable et pourra figurer parmi les critères d'évaluation des propositions financières et commerciales de façon à stimuler la concurrence entre les soumissionnaires (voir chapitre III, "Sélection du concessionnaire", par. 75 et 76).

16. Dans tous les cas, il est conseillé de revoir les dispositions législatives ou les prescriptions réglementaires concernant l'organisation du concessionnaire de façon à assurer leur conformité aux obligations internationales contractées par le pays hôte. Des dispositions restrictives ou imposant certains types de personne morale ou de contreprise par l'intermédiaire desquelles un prestataire peut proposer un service, de même qu'une restriction des participations étrangères sous la forme d'un plafonnement du pourcentage de capitaux étrangers ou de la valeur totale des investissements étrangers individuels ou agrégés, risquent d'aller à l'encontre d'obligations contractées par les États signataires de certains accords internationaux d'intégration économique ou de libéralisation du commerce des services.

17. Parfois, la législation interne régit la portée des activités de la société de projet et exige par exemple qu'elles se limitent à la réalisation et à l'exploitation d'un ouvrage particulier. Ces restrictions peuvent avoir pour objet d'assurer la transparence des comptes du projet et de préserver l'intégrité de ses actifs, en les séparant, ainsi que ses produits et les éléments de son passif et ceux d'autres projets ou d'autres activités en rapport avec lui.

Elles peuvent faciliter l'évaluation des résultats de chaque projet puisque les bénéfices ou déficits d'un projet ne peuvent venir en compensation des dettes ou des recettes d'autres projets ou activités.

18. Il se peut aussi que l'autorité contractante souhaite que les statuts de la société de projet reflètent comme il convient les obligations que celle-ci assume dans l'accord de projet, lequel statue donc parfois qu'une modification des statuts de la société de projet ne produit d'effet que lorsqu'elle a été approuvée par l'autorité contractante. Lorsque celle-ci ou un autre organisme public participe à la société de projet, il est parfois stipulé que certaines décisions exigent un vote positif de l'autorité contractante à l'assemblée générale ou au conseil d'administration. Quoi qu'il en soit, il importe de peser l'intérêt général représenté par l'autorité contractante au regard de la nécessité de laisser à la société de projet la marge de manœuvre dont elle a besoin pour conduire ses affaires. S'il est jugé nécessaire d'exiger que l'autorité contractante approuve les amendements qu'il est proposé d'apporter aux statuts de la société de projet, il est bon de limiter cette exigence aux dispositions considérées comme revêtant une importance fondamentale, par exemple celles qui concernent le montant du capital social, les catégories d'action et les droits dont ils sont assortis, les procédures de liquidation, etc., lesquelles devront être précisées dans l'accord de projet.

C. Site et actifs du projet et servitudes

19. Les dispositions relatives au site du projet forment un élément essentiel de la plupart des accords de projet. Elles portent généralement sur des questions telles que l'acquisition des terrains nécessaires, la propriété des terrains et des actifs du projet, et les servitudes nécessaires au concessionnaire pour réaliser des travaux de construction ou exploiter l'infrastructure. Dans la mesure où l'accord de projet envisage de transférer au concessionnaire des biens relevant du domaine public ou de lui donner un droit d'usage sur de tels biens, une autorisation préalable du législateur peut être nécessaire. Une législation peut également être nécessaire pour faciliter l'acquisition des biens ou servitudes nécessaires lorsque le projet n'est pas situé sur des terrains relevant du domaine public.

1. Acquisition des terrains nécessaires à l'exécution du projet

20. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit sur un terrain relevant du domaine public (c'est-à-dire appartenant à l'autorité contractante ou à un autre organisme public) ou qu'un ouvrage existant doit être modernisé ou rénové, c'est normalement au propriétaire du terrain ou de l'ouvrage de mettre celui-ci à la disposition du concessionnaire. La situation est plus complexe quand les terrains n'appartiennent pas à l'autorité contractante et qu'il faut donc les acheter à leurs propriétaires. Le plus souvent, le concessionnaire n'est pas le mieux placé pour assumer la responsabilité de cet achat, compte tenu des retards et des dépenses que peuvent entraîner les négociations avec différents propriétaires, souvent nombreux, et, dans certaines juridictions, les recherches à entreprendre dans le cadastre pour analyser tous les transferts de propriété précédents et établir ainsi la validité du titre des différents propriétaires. Habituellement, par conséquent, c'est l'autorité contractante qui assume la responsabilité de fournir les terrains nécessaires à la réalisation du projet de façon à éviter les retards inutiles ou le renchérissement du coût du projet que peut entraîner l'acquisition des terrains. L'autorité contractante peut acheter ces derniers à leurs propriétaires ou, si besoin est, les exproprier.

21. La procédure par laquelle des biens privés sont expropriés par les pouvoirs publics moyennant le versement d'une indemnisation appropriée à leurs propriétaires, qui est

appelée de différentes façons dans les systèmes juridiques nationaux, est qualifiée, dans le présent Guide, d’“expropriation”. Dans les pays où la législation prévoit plusieurs modalités d’expropriation, il pourra être souhaitable d’autoriser les organismes publics compétents à procéder à toutes les expropriations nécessaires à un projet d’infrastructure à financement privé en recourant aux procédures les plus expéditives, par exemple la procédure spéciale de déclaration d’utilité publique appliquée par certains pays (voir chapitre VII, “Autres domaines pertinents du droit” ____).

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

2. Propriété des actifs du projet

23. Comme nous l’avons vu plus haut, la participation du secteur privé à des projets d’infrastructure peut revêtir différentes formes allant d’infrastructure détenues et exploitées par l’État à des projets entièrement privatisés (voir “Introduction et informations générales sur les projets d’infrastructure à financement privé”, par. 47 à 53). Indépendamment de la politique générale ou sectorielle du pays hôte, il importe que le régime de propriété des différents actifs en jeu soit clairement défini et s’appuie sur un cadre légal suffisant. Il n’est cependant pas indispensable de disposer de textes législatifs précis à ce sujet. Dans différents pays, il s’est en effet révélé suffisant de donner des orientations d’ordre législatif quand aux questions devant être abordées dans l’accord de projet.

24. Dans certains systèmes juridiques, l’infrastructure physique nécessaire à l’offre de services publics est généralement considérée comme un bien public, même lorsqu’elle a initialement été acquise ou créée au moyen de fonds privés. Elle comprend généralement, outre tout bien qui aura pu être mis à la disposition du concessionnaire par l’autorité contractante, tout bien spécialement acquis pour la construction de l’ouvrage. Pendant la durée du projet, cependant, le concessionnaire pourra apporter des améliorations ou des ajouts substantiels à l’ouvrage. Il ne sera pas toujours aisé d’établir, en vertu du droit applicable, si oui ou non ces améliorations ou ajouts deviennent partie intégrante des biens publics en possession du concessionnaire, ou si certains d’entre eux peuvent être séparés des biens publics détenus par le concessionnaire et deviennent la propriété privée de ce dernier. Il est donc souhaitable que l’accord de projet spécifie, s’il y a lieu, les actifs qui relèveront du domaine public et ceux qui deviendront la propriété privée du concessionnaire.

25. La nécessité de clarté concernant la propriété des actifs du projet ne se limite pas aux systèmes juridiques dans lesquels l’infrastructure physique nécessaire à l’offre de services publics est considérée comme un bien public. En règle générale, lorsque l’autorité contractante fournit le terrain ou l’ouvrage nécessaire à la réalisation du projet, il est

souhaitable que l'accord de projet spécifie, s'il y a lieu, les actifs qui continueront de relever du domaine public et ceux qui deviendront la propriété privée du concessionnaire. Le concessionnaire pourra se voir céder soit le titre de propriété du terrain ou de l'ouvrage, soit uniquement un titre à bail ou le droit d'utiliser le terrain ou l'ouvrage et d'y construire, en particulier lorsque le terrain reste dans le domaine public. Dans l'un et l'autre cas, la nature des droits du concessionnaire devra être clairement établie car elle aura une incidence directe sur l'aptitude du concessionnaire à constituer des sûretés sur les actifs du projet pour mobiliser des fonds (voir par. 54 et 55).

26. Outre la propriété des actifs pendant la durée de la période de concession, il importe de considérer le régime de propriété à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet. Dans certains pays, la législation 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 aux biens publics mis initialement à la disposition du concessionnaire ou à certains autres actifs jugés nécessaires pour garantir la prestation du service. Parfois, ces biens sont transférés directement du concessionnaire à un autre qui lui succède pour la prestation du service.

27. Des 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. 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 les redevances demandées pour le service soit moins élevées. 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 ses 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.

28. 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 biens publics utilisés par le concessionnaire pour fournir le service considéré. Ces biens 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;

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;

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 retirer.

29. À la lumière de ce qui précède, il est utile que la législation exige que l'accord de projet spécifie, s'il y a lieu, les actifs qui relèveront du domaine public et ceux qui seront la propriété privée du concessionnaire. L'accord de projet devra spécifier les actifs que le concessionnaire est tenu de transférer à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet; les actifs que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au concessionnaire, et ceux dont le concessionnaire peut librement disposer ou qu'il peut librement retirer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet. Ces dispositions devront s'accompagner de clauses contractuelles établissant, s'il y a lieu, l'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut prétendre au titre des actifs transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet (voir chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ____).

3. Servitudes

30. Des dispositions spéciales peuvent être requises lorsque le concessionnaire doit traverser la propriété de tiers pour accéder au site du projet ou pour réaliser des travaux ou des opérations de maintenance nécessaires à la fourniture du service, par exemple pour installer des panneaux de signalisation sur les parcelles adjacentes, ériger des pylônes de transport électrique, mettre en place et entretenir des postes de transformation ou de commutation, émonder les arbres qui gênent les lignes téléphoniques sur les terrains voisins, ou poser des canalisations d'acheminement de carburant, de gaz ou d'eau, etc.

31. Ce droit d'utiliser les biens de tiers à des fins précises ou pour y procéder à des travaux est souvent qualifié, dans le présent Guide, de "servitudes". Une servitude exige en général le consentement du propriétaire du terrain qu'elle grève, à moins qu'elle ne soit prévue par la loi. Il n'est en général ni rapide ni économique de laisser le concessionnaire l'acquérir directement auprès des propriétaires. Le plus souvent, c'est l'autorité contractante qui procède à l'expropriation des servitudes en même temps que le site de projet.

32. On peut songer à une solution quelque peu différente: la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y fixer des installations selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques. Cette solution, qui peut éviter d'avoir à acquérir des servitudes sur différents terrains, peut s'appliquer dans le cadre de législations sectorielles, lorsque l'on pense être en mesure de déterminer à l'avance le minimum de servitudes qui seront nécessaires au concessionnaire. Par exemple, la loi régissant le secteur de la production de l'électricité peut fixer les conditions dans

lesquelles le concessionnaire a le droit d'installer des lignes sur les terrains de tiers pour mettre en place et faire fonctionner ses installations de base et son réseau de distribution, ou d'entretenir, réparer ou enlever ces équipements, établir une zone de sécurité le long du parcours des lignes enterrées ou aériennes, ou encore faire disparaître les obstacles situés le long des lignes ou empiétant sur la zone de sécurité. Dans certains systèmes juridiques, cependant, les propriétaires peuvent prétendre à une indemnisation lorsque la portée des droits accordés au concessionnaire est telle qu'elle entraîne pour eux une perte appréciable de jouissance de leur bien.

D. Arrangements financiers

33. Les arrangements financiers concernent habituellement les obligations qui incombent au concessionnaire de mobiliser des fonds pour l'exécution du projet, les mécanismes applicables au décaissement des fonds et à la comptabilité, les méthodes de calcul et de révision des redevances perçues par le concessionnaire et les types de sûreté qui peuvent être constituées au profit des créanciers du concessionnaire. Il faut veiller à ce que la législation du pays hôte facilite, ou du moins n'entrave pas, la gestion financière du projet.

1. Obligations financières du concessionnaire

34. Dans le cas de projets d'infrastructure à financement privé, il incombe habituellement au concessionnaire de mobiliser les fonds nécessaires à la construction et à l'exploitation de l'infrastructure. Les obligations du concessionnaire à cet égard sont généralement énoncées en détail dans les dispositions de l'accord de projet. Le plus souvent, l'autorité contractante ou d'autres organismes publics sont désireux de limiter leurs obligations financières à celles qui sont expressément prévues dans l'accord de projet ou aux formes de soutien direct que les pouvoirs publics se sont engagés à fournir pour la réalisation du projet.

35. L'apport de capitaux privés des actionnaires du concessionnaire ne représente habituellement qu'une petite partie du total de l'investissement envisagé. Une proportion bien plus importante de cet investissement provient de prêts accordés au concessionnaires par des banques commerciales et des institutions financières internationales et du produit de l'émission d'obligations et d'autres instruments sur les marchés des capitaux (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 54 à 67). Il importe donc de veiller à ce que la législation ne restreigne pas inutilement la capacité du concessionnaire à conclure les arrangements financiers qu'il juge appropriés pour financer l'ouvrage.

2. Fixation et réglementation des redevances

36. Les redevances ou droits d'utilisation perçus par le concessionnaire peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante (voir par. 47 à 51) ou des pouvoirs publics (voir chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60), la principale – et parfois la seule – source de recettes permettant de recouvrer les investissements effectués pour le projet. Le concessionnaire cherchera donc à être autorisé à fixer et à maintenir ces redevances et ces droits à un niveau de nature à garantir la génération de liquidités adéquates pour le projet. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, la latitude accordée au concessionnaire d'établir les redevances et les droits peut être limitée. Les coûts auxquels les services publics sont fournis constituent généralement l'un des aspects de la politique d'infrastructure de l'État et intéressent directement de vastes secteurs de la population. De nombreux pays, par conséquent, réglementent

spécialement les redevances et les droits pouvant être perçus pour la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, les dispositions légales ou les règles générales du droit définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en stipulant que les redevances doivent être “raisonnables”, “équitables” ou “justes”.

a) Faculté du concessionnaire de percevoir des redevances

37. Dans différents pays, il se peut qu’une autorisation préalable du législateur soit nécessaire pour qu’un concessionnaire soit autorisé à percevoir des droits pour la prestation de services publics ou d’exiger un droit pour l’utilisation d’ouvrages publics. Dans certains pays, l’absence d’une telle disposition législative générale a donné lieu à des actions en justice contestant le pouvoir du concessionnaire de percevoir une redevance en contrepartie du service fourni.

38. Lorsqu’il est jugé nécessaire d’inclure dans la législation générale des dispositions réglementant les redevances et les droits d’utilisation, celles-ci doivent tendre à concilier les intérêts des investisseurs et ceux des usagers actuels et futurs. Il conviendra que les critères fixés par la loi pour la détermination de ces redevances et droits tiennent compte, indépendamment des facteurs sociaux auxquels le gouvernement attache de l’importance, de la nécessité pour le concessionnaire de générer des liquidités suffisantes pour garantir la viabilité économique et la rentabilité commerciale du projet. En outre, il est bon d’autoriser les parties à négocier des arrangements appropriés, y compris en matière d’indemnisation, pour les cas où une réglementation directe ou indirecte des redevances des services publics risque d’aboutir à des redevances ou à des droits inférieurs à ce qu’ils devraient être pour que le projet puisse être exploité rentablement (voir par. 124).

b) Méthodes de réglementation des redevances

39. Les redevances et les droits d’utilisation sont souvent soumis, dans la législation nationale, à un mécanisme de contrôle. De nombreux pays ont choisi de n’annoncer dans leur législation que les principes généraux d’établissement des redevances, ces principes étant ensuite appliqués par l’organisme de réglementation concerné et repris dans les conditions fixées dans les licences ou concessions. Cette solution est conseillée car les formules sont sectorielles et peuvent devoir être adaptées pendant la durée d’un projet. Lorsque des mesures de contrôle sont appliquées, la loi exige habituellement que la formule d’établissement des redevances utilisée soit indiquée dans la sollicitation de propositions et incorporée dans l’accord de projet. Les mécanismes de réglementation s’appuient généralement sur des formules d’ajustement des redevances assorties de mesures de contrôle permettant de vérifier l’application desdites formules. Les méthodes de réglementation des redevances les plus couramment utilisées dans les législations nationales sont la méthode du taux de rendement et celle du plafonnement des prix, à quoi s’ajoutent des systèmes hybrides combinant des éléments empruntés aux deux méthodes. On notera que pour être efficace, un mécanisme de réglementation des redevances doit s’accompagner d’une analyse commerciale et économique approfondie, et que la brève présentation ci-après ne fait qu’offrir un aperçu de certains problèmes et d’éventuelles solutions.

i) Méthode du taux de rendement

40. La méthode du taux de rendement est un mécanisme d’ajustement des redevances conçu de manière à autoriser le concessionnaire à tirer un rendement convenu de ses investissements. Les redevances pour une période donnée sont fixées en fonction des

recettes globales que le concessionnaire doit tirer pour exploiter l'infrastructure, ce qui exige de déterminer ses dépenses, les investissements réalisés pour fournir les services et le taux de rendement autorisé. Les redevances sont revues périodiquement, parfois lorsque l'autorité contractante ou d'autres parties intéressées considèrent que les prix pratiqués génèrent plus ou moins de recettes qu'il n'en faut pour exploiter l'infrastructure. À cette fin, l'autorité contractante vérifie les dépenses liées à l'infrastructure, détermine dans quelle mesure les investissements réalisés par le concessionnaire peuvent être inclus dans la base tarifaire et calcule les recettes devant être générées pour couvrir les dépenses admissibles et atteindre le taux de rendement convenu. La méthode du taux de rendement est généralement utilisée en rapport avec la fourniture de services publics pour lesquels on peut prévoir une demande constante (approvisionnement en électricité, gaz ou eau). Dans le cas d'ouvrages ou de services exposés à une plus grande élasticité de la demande (routes à péage, par exemple), il n'est pas toujours possible de maintenir le taux de rendement du concessionnaire à un niveau constant par un ajustement régulier des redevances.

41. La méthode du taux de rendement s'avère très rassurante pour les exploitants d'infrastructures, puisque le concessionnaire est certain que les redevances pratiquées seront suffisantes pour couvrir ses dépenses d'exploitation et atteindre le taux de rendement convenu. Étant donné que les redevances sont ajustées régulièrement, ce qui permet au concessionnaire d'obtenir un taux de rendement pratiquement constant, les investissements dans les sociétés prestataires de services publics ne sont guère exposés au risque de marché. De ce fait, les coûts d'investissement sont habituellement plus bas. La méthode du taux de rendement peut présenter un inconvénient, à savoir qu'elle n'incite guère les exploitants d'infrastructures à réduire au minimum leurs dépenses, qu'ils sont certains de recouvrer grâce aux ajustements de redevances. Toutefois, elle peut être quelque peu incitative si les redevances ne sont pas ajustées immédiatement ou si l'ajustement n'est pas rétroactif. On notera que la méthode du taux de rendement requiert d'importants volumes d'informations et de longues négociations (concernant, par exemple, les dépenses admissibles et la répartition des coûts).

ii) *Méthode du plafonnement des prix*

42. La méthode du plafonnement des prix consiste à fixer un barème de redevances pour une période donnée (par exemple quatre ou cinq ans) compte tenu de l'inflation future et des gains d'efficacité que l'on attend de l'ouvrage. Les redevances peuvent fluctuer dans les limites fixées par le barème. Dans certains pays, ce barème est une moyenne pondérée de différents indices, alors que dans d'autres il s'agit d'un indice des prix à la consommation minoré d'un facteur de productivité. Lorsque de nouveaux investissements importants sont nécessaires, le barème peut inclure un élément additionnel visant à couvrir ces dépenses supplémentaires. Le barème peut s'appliquer à tous les services offerts par la société ou à certains paniers de services seulement, et différents barèmes peuvent être utilisés pour différents paniers. Le réajustement périodique du barème se fonde toutefois sur des calculs de type taux de rendement, qui exigent la fourniture de renseignements aussi détaillés que ceux évoqués plus haut, bien qu'à une moindre fréquence.

43. La méthode du plafonnement des prix est probablement moins complexe à appliquer que celle du taux de rendement. Elle est plus stimulante pour les prestataires de services publics, car le concessionnaire conserve les bénéfices réalisés en raison de dépenses plus faibles que prévu jusqu'à la prochaine période d'ajustement. Parallèlement, toutefois, les prestataires de services publics sont généralement exposés à davantage de risques qu'avec la méthode du taux de rendement. En particulier, le concessionnaire encourt des pertes si les dépenses se révèlent plus élevées que prévu, étant donné qu'il ne peut pas relever ses

redevances avant le prochain ajustement. La prise de risques étant plus élevée, les coûts d'investissement le sont aussi. Si les rendements de la société de projet ne peuvent pas augmenter, il peut alors être difficile d'attirer de nouveaux investissements. En outre, la société peut être tentée d'abaisser la qualité du service fourni afin de réduire les coûts.

iii) *Méthodes hybrides*

44. De nombreux mécanismes d'ajustement des redevances actuellement utilisés combinent des éléments empruntés à la fois à la méthode du taux de rendement et à celle du plafonnement des prix, le but étant de réduire les risques encourus par les prestataires de services et d'inciter suffisamment ceux-ci à exploiter l'infrastructure avec efficacité. L'une de ces méthodes hybrides se fonde sur des échelles mobiles permettant de relever les redevances lorsque le taux de rendement tombe en deçà d'un certain seuil et de les abaisser lorsque ce taux dépasse un certain plafond, aucun ajustement n'étant effectué lorsque le taux de rendement se situe entre ces deux limites. L'autorité contractante peut par ailleurs, pour faire équilibre aux méthodes du taux de rendement et du plafonnement des prix, examiner les investissements réalisés par le concessionnaire pour s'assurer qu'ils satisfont aux critères d'utilité de manière à les prendre en considération lors du calcul des recettes devant être tirées par le concessionnaire. Une autre méthode d'ajustement pouvant être utilisée pour fixer les redevances, ou plus généralement pour surveiller le niveau des redevances, est leur fixation par rapport à une valeur de référence ou étalon. En comparant les différents éléments de coût d'un prestataire de services publics à ceux d'un autre prestataire ainsi qu'aux normes internationales, l'autorité contractante peut être en mesure de déterminer si les ajustements de redevances demandés par le prestataire de services publics sont raisonnables ou non.

c) **Considérations de politique générale en matière de réglementation des redevances**

45. Chacune des principales méthodes d'ajustement des redevances examinée ci-dessus présente ses avantages et ses inconvénients et a une incidence variable sur les décisions du secteur privé en matière d'investissement (voir par. 41 et 43), ce dont les organes législatifs doivent tenir compte pour déterminer les mécanismes de contrôle des redevances se prêtant le mieux à la situation du pays. Des méthodes différentes peuvent également être utilisées pour différents secteurs d'infrastructure. Certaines lois autorisent en effet l'autorité contractante à appliquer soit la méthode du plafonnement des prix, soit celle du taux de rendement dans la procédure de sélection des concessionnaires selon l'importance et la nature des investissements et des services. Lors du choix d'une méthode de contrôle des redevances, il importera de tenir compte de l'incidence des différentes solutions politiques sur les décisions du secteur privé en matière d'investissement. Quel que soit le mécanisme choisi, il importe d'examiner attentivement si l'autorité contractante ou l'organisme de réglementation peut vérifier dûment que le concessionnaire s'acquitte de ses obligations et appliquer correctement la méthode d'ajustement (voir également chapitre premier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53).

46. Il ne faut pas perdre de vue que les formules d'ajustement des redevances ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes, car les techniques, les taux de change, les salaires, la productivité et d'autres facteurs évoluent inévitablement de façon importante, voire parfois imprévisible, pendant la période de concession. De surcroît, les formules d'ajustement des redevances sont généralement élaborées en supposant un certain niveau de production ou de demande et peuvent produire des résultats insatisfaisants si le niveau de la production ou de la demande change considérablement. C'est pourquoi de nombreux pays ont établi des mécanismes de révision des formules permettant une révision périodique (disons tous

les quatre ou cinq ans) ou une révision au coup par coup s'il est avéré que la formule ne permet pas d'assurer une rémunération adéquate au concessionnaire (voir également par. 59 à 68). Le système tarifaire devra également être suffisamment stable et prévisible pour que les prestataires de services publics et les usagers puissent planifier leur activité en conséquence et que le financement soit fonction des recettes prévisibles. Les investisseurs et les prêteurs craindront plus particulièrement que des modifications apportées aux réglementations n'aient une incidence sur la méthode d'ajustement des redevances. C'est pourquoi ils demandent habituellement que la formule d'ajustement soit incorporée à l'accord de projet.

3. Obligations financières de l'autorité contractante

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

a) Versements directs

48. Certains pays ont eu recours à la formule de versements directs par l'autorité contractante pour remplacer ou compléter les droits perçus des usagers, en particulier dans le cas de projets de construction de routes à péage, au moyen d'un mécanisme connu sous le nom de "péage virtuel". Dans le cas d'une formule de "péage virtuel", le concessionnaire assume l'obligation de construire, financer et exploiter une route ou un autre moyen de transport pendant un certain nombre d'années en contrepartie de versements périodiques en remplacement ou en sus des péages que paieraient ou paient effectivement les usagers. Une telle formule de "péage virtuel" peut être utilisée pour tenir compte des risques propres au projet dans le secteur des transports, et en particulier le risque d'une circulation moindre que prévu (voir chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 18). En outre, la formule de "péage virtuel" peut être politiquement plus acceptable qu'un péage proprement dit, par exemple s'il y a lieu de craindre que la perception de péages suscite des protestations des usagers de la route. Cependant, lorsque ces arrangements font intervenir une certaine forme de subventionnement de la société de projet, il y a lieu d'examiner attentivement leur conformité avec certaines obligations du pays hôte découlant d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges.

49. Ce mécanisme de "péage virtuel" peut supposer des dépenses substantielles pour l'autorité contractante et exiger de celle-ci une surveillance étroite. Dans les pays qui ont utilisé de tels systèmes pour la réalisation de nouveaux projets routiers, les versements effectués au concessionnaire par l'autorité contractante sont calculés essentiellement sur la base de la circulation effective, mesurée en véhicules-kilomètres. Il convient habituellement de stipuler que ces versements ne commenceront que lorsque la route sera ouverte à la circulation, de sorte que le concessionnaire soit encouragé à mettre la route en service dès que possible. Simultanément, on a jugé utile de calculer le montant des versements sur la base de la circulation effective pendant toute la période de la concession. Ce système encourage le concessionnaire à faire en sorte que les travaux de réparation nécessaires perturbent au minimum la circulation. À défaut, l'accord de projet peut contenir une clause prévoyant l'application d'une pénalité forfaitaire si les travaux de

réparation conduisent à fermer des voies de circulation. Habituellement, le concessionnaire est tenu de procéder à un recensement continu de la circulation pour calculer le nombre de véhicules-kilomètres annuels, qui est vérifié périodiquement par l'autorité contractante. Il existe aussi des systèmes mixtes combinant des péages virtuels et des péages acquittés directement par les usagers; en pareil cas, les péages virtuels ne sont payés par l'autorité contractante que si, pendant une certaine période, la circulation tombe en dessous du seuil dont il a été convenu qu'il représente le minimum nécessaire à une exploitation rentable de la route.

b) Engagements d'achat

50. Dans le cas de centrales électriques indépendantes ou d'autres infrastructures générant des biens ou des services pouvant être fournis sur une base à long terme à un acheteur identifiable, l'autorité contractante ou un autre organisme public ont souvent l'obligation d'acheter, sur la base d'une redevance convenue, ces biens et services offerts par le concessionnaire. Les contrats de ce type sont habituellement appelés "contrats d'enlèvement". Ces contrats d'enlèvement prévoient souvent deux types de paiements: des paiements visant à rémunérer la mise à disposition de la capacité de production et des paiements fondés sur la consommation effective. Dans le cas d'un projet de génération d'électricité, par exemple, le contrat d'achat pourra prévoir les droits suivants:

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

b) Droits de consommation. Ces droits ne sont pas censés couvrir l'intégralité des coûts fixes du concessionnaire mais plutôt rémunérer les coûts variables ou marginaux que le concessionnaire doit assumer pour générer et livrer une unité donnée du service ou du produit dont il s'agit (par exemple un kilowatt-heure d'électricité). Les droits de consommation sont habituellement calculés de manière à couvrir les frais d'exploitation variables du concessionnaire, comme les dépenses afférentes au combustible consommé pendant l'exploitation de la centrale, les coûts de l'épuration des eaux et le coût des fournitures consommables. Les paiements variables sont souvent liés aux frais d'exploitation variables du concessionnaire lui-même ou à un indice reflétant assez fidèlement l'évolution des coûts d'exploitation.

51. Du point de vue du concessionnaire, un mécanisme de paiements combinant des droits de capacité et des droits de consommation est particulièrement utile dans la mesure où il garantit la couverture de ses coûts tout en lui donnant le monopole de la transmission ou de la distribution de ses biens ou services. Toutefois, les droits de capacité prévus par un contrat d'enlèvement doivent tenir compte des autres sources de génération auxquelles peut avoir recours l'autorité contractante ou qu'elle utilise effectivement. Si l'on veut que des fonds soient à tout moment disponibles pour permettre à l'autorité contractante de procéder aux paiements prévus par l'accord d'enlèvement, il y a lieu de déterminer si des dispositions budgétaires appropriées doivent être prises à l'avance. Les paiements dus au titre d'un contrat d'enlèvement peuvent être garantis par les autorités du pays hôte ou par un organisme national ou international de garantie (voir chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 46 et 47).

E. Sûretés

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

53. Les sûretés sont un élément essentiel du financement des projets d'infrastructure, en particulier lorsque le financement est structuré selon la modalité du "financement sur recettes". Le dossier de financement d'un projet d'infrastructure à financement privé comporte habituellement à la fois une sûreté sur les biens corporels utilisés aux fins du projet et une sûreté sur les actifs incorporels détenus par le concessionnaire. Certaines des principales conditions auxquelles doit répondre une sûreté pour qu'elle puisse véritablement jouer son rôle sont exposées ci-dessous. On notera cependant que dans certains systèmes juridiques, toute sûreté accordée à des prêteurs leur permettant de reprendre le projet n'est autorisée que dans des circonstances exceptionnelles et à certaines conditions particulières, à savoir: l'autorité contractante doit donner son accord; la sûreté doit être accordée uniquement pour faciliter le financement ou l'exploitation du projet; et elle ne doit pas avoir d'effets sur les obligations contractées par le concessionnaire. Ces conditions découlent souvent de principes de droit généraux ou de dispositions légales et ne peuvent être levées par l'autorité contractante par le biais d'arrangements contractuels.

1. Sûreté sur des biens corporels

54. La négociation des dispositions à prendre en matière de garantie pour obtenir un financement pour le projet peut se heurter à des obstacles juridiques lorsque des actifs du projet relèvent du domaine public. Dans nombre de systèmes juridiques, le concessionnaire, s'il n'est pas investi du titre de propriété, ne sera pas autorisé à grever de tels actifs ou n'aura qu'un droit limité de le faire. Lorsqu'il existe des restrictions de ce type, la loi peut néanmoins faciliter la négociation d'une sûreté, par exemple en indiquant les types d'actifs sur lesquels elle peut être constituée ou les types de sûretés qui sont autorisés. Dans certains systèmes juridiques, le concessionnaire auquel a été accordé un bail ou un droit d'utilisation de certains actifs peut constituer une sûreté sur ce bail ou sur ce droit d'utilisation.

55. En outre, il peut également être constitué des sûretés lorsque la concession englobe différents types de biens du domaine public, par exemple lorsqu'une société de chemins de fer, outre le droit d'utilisation de l'infrastructure publique, se voit accorder le titre de propriété des terrains adjacents (et pas seulement le droit de les utiliser). Lorsqu'il est possible de créer une sûreté quelconque sur des actifs appartenant à l'autorité contractante ou devant lui être retournés ou sur des actifs sur lesquels l'autorité contractante a contractuellement une option d'achat (voir par. 28), la législation peut subordonner le droit pour le concessionnaire de créer de telles sûretés à l'approbation de l'autorité contractante.

2. Sûreté sur des actifs incorporels

56. Dans le cas d'un projet d'infrastructure, le principal actif incorporel est la concession elle-même, c'est-à-dire le droit du concessionnaire d'exploiter l'ouvrage ou de fournir les services dont il s'agit. Dans la plupart des systèmes juridiques, la concession donne à son titulaire le droit d'administrer l'ensemble du projet et de conserver par devers lui les recettes qu'il génère. Ainsi, la valeur de la concession dépasse de beaucoup la valeur globale de tous les actifs corporels faisant partie du projet. Comme le titulaire de la concession a habituellement le droit de posséder et d'aliéner tous les actifs affectés au projet (à l'exception, le cas échéant, de ceux qui appartiennent à d'autres parties, comme des biens publics en possession du concessionnaire), la concession englobe habituellement des actifs corporels ou incorporels aussi bien actuels que futurs. Les prêteurs peuvent par conséquent considérer la concession comme un élément essentiel de la sûreté négociée avec le concessionnaire. Le nantissement de la concession elle-même peut avoir différents avantages pratiques pour le concessionnaire et les prêteurs, en particulier dans le cas des systèmes juridiques qui, autrement, n'autoriseraient pas la constitution d'une sûreté sur l'ensemble des actifs d'une société ou qui ne reconnaissent généralement pas des sûretés non possessoires (voir chapitre VII, "Autres domaines pertinents du droit", ____). Ces avantages peuvent notamment être d'éviter la nécessité de créer une sûreté distincte pour chacun des actifs affectés au projet, de permettre au concessionnaire de continuer à utiliser ces actifs dans ses activités normales et de permettre le nantissement de certains actifs sans en transférer la possession effective aux créanciers. De plus, un nantissement de la concession peut permettre aux prêteurs, en cas de défaillance du concessionnaire, d'éviter qu'il soit mis fin au projet en reprenant la concession et en faisant poursuivre le projet par un autre concessionnaire. Un nantissement de la concession peut par conséquent compléter utilement ou, dans certaines circonstances, remplacer un accord direct entre les prêteurs et l'autorité contractante concernant les droits de subrogation des prêteurs (voir par. 147 à 150).

57. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, certains obstacles peuvent empêcher le nantissement de la concession en l'absence d'autorisation expresse du législateur. Dans divers systèmes, des sûretés ne peuvent être constituées que sur des actifs que le débiteur est libre d'aliéner. Comme, le plus souvent, le droit d'exploiter l'ouvrage n'est pas cessible sans le consentement de l'autorité contractante (voir par. 62 et 63), il se peut que certains systèmes juridiques empêchent le concessionnaire de constituer une sûreté sur la concession elle-même. Certains pays de tradition romaniste ont récemment publié des lois qui ont éliminé cet obstacle en créant une catégorie spéciale de sûretés, parfois désignées par des expressions comme "hipoteca de concesión de obra pública" ou "prenda de concesión de obra pública" ("hypothèque sur une concession de travaux publics" ou "nantissement de concession de travaux publics"), qui donnent généralement aux prêteurs une sûreté exécutoire sur l'ensemble des droits accordés au concessionnaire par l'accord de projet. Pour protéger l'intérêt général, la loi stipule que toute mesure des prêteurs tendant à faire valoir ce droit, dans les conditions à convenir d'un commun accord entre l'autorité contractante et les prêteurs, est subordonnée au consentement de l'autorité contractante. Certains pays de common law ont trouvé une solution un peu plus limitée consistant à établir une distinction entre le droit non cessible de réaliser une certaine activité en vertu d'une licence de l'État (c'est-à-dire les "droits publics" découlant de la licence) et le droit de percevoir les droits produits par la licence (c'est-à-dire les "droits privés").

3. Sûreté sur des créances commerciales

58. Une autre forme de sûreté généralement accordée dans le cadre de la plupart des projets d'infrastructure à financement privé est la cession aux prêteurs de recettes provenant de contrats conclus avec des clients du concessionnaire. Ces recettes peuvent provenir d'un contrat unique (engagement d'achat d'électricité par une société de distribution) ou d'un grand nombre de transactions individuelles (règlement mensuel de factures de gaz ou d'eau). Elles comprennent généralement les droits perçus du public pour l'utilisation de l'ouvrage (péages sur une autoroute) ou le prix payé par les usagers des biens ou des services fournis par le concessionnaire (redevances d'électricité). Elles peuvent également comprendre les recettes de concessions accessoires. Une telle sûreté est fréquente dans les contrats de financement négociés avec les prêteurs, et les accords de prêt prévoient souvent que les revenus des projets d'infrastructure seront déposés sur un compte séquestre géré par un administrateur fiduciaire nommé par les prêteurs. Un tel mécanisme peut également faciliter considérablement l'émission d'obligations et d'effets négociables par le concessionnaire.

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

60. Dans la plupart des cas, il ne serait pas pratique pour le concessionnaire de spécifier individuellement les créances cédées aux créanciers. C'est pourquoi la cession de créances dans le cadre d'un financement sur recettes prend généralement la forme d'une cession globale de créances futures. Des dispositions reconnaissant la faculté du concessionnaire de nantir les recettes provenant de projets d'infrastructure ont récemment été incluses dans différentes législations internes. Il peut cependant exister une incertitude considérable dans différents systèmes juridiques quant à la validité de la cession globale de créances et de créances futures. Il importe donc de veiller à ce que la législation interne sur les sûretés ne porte pas atteinte à la faculté qu'ont les parties de céder effectivement des créances commerciales afin d'obtenir des fonds pour le projet (voir chapitre VII, "Autres domaines pertinents du droit", ____).

4. Nantissement des actions de la société de projet

61. Lorsque la concession ne peut être cédée ni dévolue à un tiers sans le consentement de l'autorité contractante (voir par. ____), la législation interdit parfois la constitution d'une sûreté sur les actions de la société de projet. Il convient cependant de noter que le nantissement des actions de la société de projet est une forme de sûreté que les prêteurs utilisent fréquemment pour le financement de projets et qu'une interdiction générale de ce procédé limite les capacités qu'a la société de projet de mobiliser des capitaux pour le projet. Il peut donc être souhaitable, comme pour les autres forme de sûretés, que la législation autorise les actionnaires du concessionnaire à constituer une telle sûreté, sous réserve de l'approbation préalable de l'autorité contractante, lorsque celle-ci doit également approuver la cession de parts dans la société concessionnaire (voir par. 64 à 68).

F. Cession de la concession

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

63. Il s'est révélé nécessaire dans certains pays de mentionner dans la législation les conditions dans lesquelles la cession d'une concession peut être approuvée avant l'échéance du contrat, par exemple l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations prévues dans l'accord de projet et l'attestation que le nouveau concessionnaire dispose des capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service dont il s'agit. Des dispositions de ce type, qui sont de caractère général, peuvent être complétées dans l'accord de projet par des dispositions plus précises qui délimitent la portée des restrictions et indiquent les conditions dans lesquelles l'autorité contractante peut consentir à la cession. Il convient de noter toutefois que ces restrictions s'appliquent habituellement à la cession volontaire de ses droits par le concessionnaire et qu'elles n'écartent pas la possibilité d'une cession obligatoire de la concession à une entité désignée par les prêteurs avec l'accord de l'autorité contractante en vue d'éviter qu'il soit mis fin à la concession en raison d'une grave défaillance du concessionnaire (voir également par. 147 à 150).

G. Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet

64. L'autorité contractante doit être soucieuse de veiller à ce que les membres originels du consortium de soumissionnaires retenus restent engagés dans la réalisation du projet pendant toute sa durée et que le contrôle assuré sur la société de projet ne soit pas transféré à des entités inconnues d'elles. Les concessionnaires sont sélectionnés pour la réalisation de projets d'infrastructure tout au moins en partie sur la base de leur expérience et de la capacité qu'ils ont de réaliser ce type de projet (voir chapitre III, "Sélection du concessionnaire", par. 38 à 40). L'autorité contractante peut donc craindre à juste titre que si les actionnaires du concessionnaire sont totalement libres de céder leurs investissements dans le projet, rien ne garantisse la capacité de l'entité qui fournira en fait les services dont il s'agit.

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

sous-traitants. Dans la pratique, toutefois, l'assurance que peut donner l'expérience apparente des actionnaires de la société concessionnaire ne doit pas être surestimée. Lorsqu'une personne morale distincte est créée pour réaliser le projet, ce qui est souvent le cas (voir par. 12), l'appui des actionnaires de la société concessionnaire au cas où le projet se trouverait en difficulté peut être limité à leurs apports de fonds. Ainsi, en soi, les restrictions imposées à la cessibilité des investissements dans la société concessionnaire peuvent ne pas constituer une protection suffisante contre le risque de défaillance du concessionnaire. En particulier, de telles restrictions ne sauraient se substituer à l'insertion dans l'accord de projet de clauses prévoyant des recours contractuels appropriés, ces clauses pouvant prévoir notamment la surveillance et la qualité des services fournis (voir par 147 à 150) ou la résiliation de la concession sans indemnisation en cas de services non satisfaisants (voir chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ___).

66. Qui plus est, imposer des restrictions à la cessibilité des actions d'entreprises de services publics peut également avoir des inconvénients pour l'autorité contractante. Comme indiqué ci-dessus (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 54 à 67), de nombreux types de financements peuvent être fournis par des investisseurs différents, selon le profil des risques et la rémunération de l'investissement. Les investisseurs originels, comme entreprises de travaux publics ou fournisseurs de matériel, veilleront à ce que les risques plus élevés qu'ils assument soient rémunérés comme il convient, tandis que les investisseurs suivants pourront accepter un rendement moindre, dans la mesure où ils assument des risques qui sont moindres eux aussi. La plupart des investisseurs originels disposent de ressources limitées et doivent recycler leurs capitaux pour pouvoir participer à de nouveaux projets. Par conséquent, ils pourront ne pas souhaiter immobiliser leurs capitaux dans des projets à longue échéance. À la fin de la période de construction, ils préféreront souvent vendre leurs participations à un bailleur de fonds secondaire qui peut accepter un rendement inférieur. Une fois les conditions d'utilisation mieux assurées, l'opération pourra être refinancée à nouveau. Toutefois, si le droit des investisseurs d'investir et de réinvestir leurs capitaux dans des projets d'infrastructure, on risque de renchérir le financement et il se peut même que, dans certaines circonstances, le financement d'un projet soit totalement impossible si certains investisseurs dont la participation peut être cruciale pour l'exécution du projet ne sont pas disposés à y prendre part. À long terme, le développement d'un marché de l'investissement dans les infrastructures publiques risque d'être freiné si on limite la faculté qu'ont les investisseurs de transférer leurs intérêts dans des projets d'infrastructure à financement privé.

67. Pour ces raisons, il sera souhaitable de limiter le transfert d'intérêts majoritaires dans la société de projet à une période donnée (par exemple à un certain nombre d'années après l'entrée en vigueur de l'accord de projet) ou aux cas où de telles restrictions sont justifiées par des raisons liées à l'intérêt général. Un exemple peut être celui d'un concessionnaire en possession de biens publics ou d'un concessionnaire qui reçoit des prêts, des subventions, un apport de fonds ou d'autres formes de soutien direct des pouvoirs publics. En pareil cas, l'autorité contractante, étant responsable de la bonne utilisation des deniers publics, doit avoir l'assurance que les fonds et les actifs de l'État sont confiés à une société solide à laquelle les investisseurs originels s'engagent à participer pendant une période raisonnable. Une autre situation dans laquelle il pourrait être justifié d'imposer pendant une période raisonnable. Une autre situation dans laquelle il pourrait être justifié d'imposer des restrictions à la cession d'actions de la société concessionnaire serait le cas dans lequel l'autorité contractante souhaiterait empêcher que les actions soient cédées à des investisseurs déterminés, par exemple pour éviter la constitution d'oligopoles ou de

monopoles des secteurs déréglementés. Il peut y avoir lieu aussi d'éviter, par exemple, qu'une société qui s'est rendue coupable de malversation dans ses rapports avec un organisme public ne soit employée par un autre par le biais de l'acquisition d'une société concessionnaire.

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

H. Projets de construction

69. Les autorités passant un contrat pour la construction d'un ouvrage jouent généralement le rôle de l'employeur dans le cadre dudit contrat et exercent des droits de surveillance et d'inspection étendus, qu'il s'agisse du droit d'examiner le projet de construction et d'en demander la modification, de surveiller étroitement les travaux de construction et leur avancement par rapport au calendrier, d'inspecter et d'approuver officiellement l'ouvrage achevé et de donner l'autorisation finale d'exploitation.

70. À l'inverse, dans de nombreux projets d'infrastructure à financement privé, l'autorité contractante peut préférer confier cette tâche au concessionnaire. Au lieu d'assurer directement la gestion des différents aspects du projet, elle préférera probablement confier cette mission à ce dernier en lui demandant d'assumer la pleine responsabilité de l'achèvement des travaux de construction dans les délais. Le concessionnaire souhaitera lui aussi que le projet soit achevé dans les temps et que les estimations de coût ne soient pas dépassées, et négociera en principe des contrats clefs en mains forfaitaires à délais fixes assortis de garanties de bonne fin fournies par les constructeurs. Par conséquent, s'agissant des projets d'infrastructure à financement privé, c'est le concessionnaire qui, dans l'essentiel, joue le rôle que l'employeur jouerait normalement dans le cadre d'un contrat de construction.

71. C'est pourquoi, dans certains pays, les dispositions législatives concernant la construction d'infrastructures à financement privé se limitent à énoncer en termes généraux l'obligation qu'a le concessionnaire d'exécuter les travaux publics conformément aux dispositions de l'accord de projet et confèrent à l'autorité contractante le droit général de surveiller l'avancement des travaux afin de veiller au respect des dispositions dudit accord. Des dispositions plus détaillées sont ensuite élaborées dans le cadre de l'accord de projet.

1. Examen et approbation des plans de construction

72. Si l'on juge nécessaire de légiférer sur les travaux de construction et les questions connexes, il est souhaitable de mettre au point des procédures tendant à éviter que les délais d'exécution et les coûts de construction ne dépassent les estimations et à réduire les risques de différends entre le concessionnaire et les autorités publiques concernées. Par

exemple, lorsque les dispositions législatives exigent que l'autorité contractante examine et approuve le projet de construction, l'accord de projet devrait fixer un délai pour l'examen du projet de construction et stipuler que ce dernier est considéré comme approuvé si l'autorité contractante n'a formulé aucune objection dans ce délai. Il serait également utile de préciser, dans l'accord de projet, les motifs (sécurité, défense, sûreté, protection de l'environnement ou non-respect des spécifications) pour lesquels l'autorité contractante peut soulever des objections ou demander la modification du projet.

2. Modification des modalités du projet

73. Pendant la construction d'une infrastructure, il n'est pas rare qu'il soit nécessaire, voire souhaitable, de modifier certains aspects de la construction. L'autorité contractante souhaitera donc peut-être conserver le droit d'ordonner la modification d'aspects comme l'étendue de la construction, les caractéristiques techniques des équipements ou matériaux à incorporer dans l'ouvrage ou encore les services liés à la construction qui sont requis compte tenu des spécifications. Ces changements sont appelés "modifications" dans le présent Guide. Au sens du Guide, le mot "modifications" ne désigne pas les ajustements ou révisions de redevances résultant de la variation des coûts ou de la fluctuation des monnaies (voir par. 39 à 44). De même, la renégociation de l'accord de projet en cas d'importants changements de circonstances (voir par. 126 à 130) n'est pas considérée dans le Guide comme une modification.

74. Étant donné la complexité de la plupart des projets d'infrastructure, la nécessité de modifier les spécifications de l'ouvrage ou d'autres modalités du projet n'est pas à exclure. Toutefois, une telle modification retarde souvent l'exécution du projet ou la fourniture du service public; elle risque aussi de rendre l'exécution de l'accord de projet plus onéreuse pour le concessionnaire. En outre, les frais occasionnés par la réalisation de vastes modifications peuvent excéder la capacité financière du concessionnaire, ce qui exigera l'apport de fonds supplémentaires importants qu'il ne sera peut-être pas possible de se procurer à un coût acceptable. Aussi est-il souhaitable que l'autorité contractante envisage des mesures permettant de limiter la nécessité d'éventuelles modifications. La qualité des études de faisabilité requises par l'autorité contractante et des spécifications fournies pendant la procédure de sélection (voir chapitre III, "Sélection du concessionnaire", par. 61 et 64 à 66) est un facteur essentiel si l'on veut éviter d'avoir à modifier ultérieurement le projet.

75. Il faudra que l'accord de projet indique les circonstances précises dans lesquelles l'autorité contractante peut ordonner une modification des spécifications de construction ainsi que l'indemnité devant, le cas échéant, être versée au concessionnaire pour couvrir les frais supplémentaires et retards occasionnés par cette modification. L'accord de projet devrait également préciser dans quelle mesure le concessionnaire est tenu d'effectuer ces modifications, s'il peut s'y opposer et pour quels motifs. Conformément à la pratique contractuelle de certains systèmes juridiques, le concessionnaire peut être dégagé de ses obligations si le montant des frais supplémentaires occasionnés par la modification dépasse un plafond donné.

76. À cet égard, plusieurs solutions d'ordre contractuel ont été appliquées dans des contrats de construction de grands ouvrages afin de déterminer dans quelle mesure l'entrepreneur est tenu d'effectuer des modifications et quels ajustements doivent être apportés au prix ou à la durée du contrat. Ces mêmes solutions peuvent s'appliquer mutatis mutandis aux modifications demandées par l'autorité contractante dans le cadre de l'accord de projet. Il faut toutefois noter que, dans les concessions d'infrastructure, la société de projet est rémunérée sous la forme de droits versés par les usagers ou de montants perçus

en échange de produits fournis par l'infrastructure et non sous la forme d'une somme globale pour les travaux de construction. C'est pourquoi les mécanismes d'indemnisation utilisés dans le cas des concessions d'infrastructure combinent parfois plusieurs éléments allant du versement de sommes forfaitaires à l'augmentation des redevances en passant par l'extension de la période de concession. Par exemple, certaines modifications risquent d'entraîner des frais supplémentaires que le concessionnaire pourrait prendre à sa charge ou financer lui-même et amortir en ajustant les redevances ou le mode de paiement selon le cas. Si le concessionnaire n'est pas en mesure de financer les modifications à lui seul, les parties souhaiteront peut-être envisager le versement de sommes forfaitaires au lieu de mettre en place une structure de refinancement coûteuse et complexe.

3. Pouvoirs de surveillance de l'autorité contractante

77. Dans certains systèmes juridiques, les organismes publics achetant des travaux de construction se réservent habituellement le droit d'ordonner la suspension ou l'interruption des travaux pour des motifs d'intérêt général. Toutefois, afin de rassurer les investisseurs potentiels, il peut être utile de limiter la possibilité d'une telle intervention et de stipuler que cette interruption ne doit pas dépasser la durée ou l'étendue nécessaire, compte tenu des circonstances ayant donné lieu à la demande de suspension ou d'interruption des travaux. Il peut également être utile de fixer une durée maximum de suspension et de prévoir une indemnisation appropriée du concessionnaire. En outre, des garanties peuvent être données pour assurer l'indemnisation du concessionnaire en cas de pertes occasionnées par la suspension du projet (voir également chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par . 48 à 50).

78. Dans certains systèmes juridiques, les ouvrages devant servir à l'offre de certains services publics passent dans le domaine public une fois leur construction terminée (voir par. 24). Dans ce cas, la législation exige souvent que l'ouvrage achevé soit officiellement approuvé par l'autorité contractante ou par un autre organisme public. Cette approbation officielle n'est généralement donnée qu'après inspection de l'ouvrage achevé et à l'issue d'essais démontrant que l'ouvrage est opérationnel et répond aux spécifications techniques et aux critères de sûreté. Même lorsqu'une approbation officielle de l'autorité contractante n'est pas exigée (par exemple lorsque l'ouvrage reste la propriété du concessionnaire), des dispositions concernant l'inspection finale et l'approbation des travaux de construction par l'autorité contractante sont souvent requises pour assurer la conformité aux réglementations relatives à la santé, à la sûreté, à la construction ou au travail. L'accord de projet devrait déterminer précisément quels seront la nature des essais d'achèvement ou de l'inspection dont l'ouvrage achevé fera l'objet; le calendrier de ces essais (par exemple, il pourrait être opportun d'entreprendre des essais partiels étalés dans le temps plutôt qu'un seul essai final); les conséquences à supporter en cas d'essai non concluant; et qui se chargera d'organiser les ressources utilisées pour les essais et de financer les dépenses correspondantes. Dans certains pays, on a jugé utile d'autoriser l'exploitation de l'installation à titre provisoire en attendant l'approbation finale de l'autorité contractante et de laisser au concessionnaire la possibilité de corriger les vices pouvant être découverts à ce stade.

4. Période de garantie

79. Les contrats de construction négociés par le concessionnaire prévoient généralement une garantie de qualité en vertu de laquelle les entrepreneurs sont responsables des défauts constatés dans les travaux, et des inexactitudes ou insuffisances des documents techniques fournis parallèlement à ces derniers, à l'exception d'exclusions raisonnables (par exemple

usure normale ou maintenance ou exploitation défectueuse par le concessionnaire). D'autres responsabilités peuvent également découler de dispositions législatives ou de principes généraux du droit applicable, telle la période spéciale de responsabilité prolongée en cas de défauts structurels prévue dans certains systèmes juridiques. L'accord de projet devra stipuler que l'approbation finale de l'ouvrage par l'autorité contractante ne dégagera pas les entrepreneurs de leur responsabilité en cas de défaut de l'ouvrage ou d'inexactitude ou insuffisance des documents techniques pouvant être fournis en vertu des contrats de construction et de la loi applicable.

I. Exploitation de l'infrastructure

80. Les conditions d'exploitation et de maintenance de l'ouvrage ainsi que les normes de qualité et de sécurité sont souvent énumérées dans la loi et énoncées de manière détaillée dans l'accord de projet. En outre, plus particulièrement dans les secteurs de l'électricité, de l'eau, de l'assainissement et des transports publics, l'autorité contractante ou un organisme de réglementation indépendant peut exercer une fonction de surveillance de l'exploitation de l'installation. Un examen approfondi des aspects juridiques relatifs aux conditions d'exploitation des infrastructures dépasserait le cadre du présent Guide. C'est pourquoi seuls quelques-uns des principaux aspects sont brièvement présentés dans les paragraphes qui suivent.

81. Les dispositions réglementaires concernant l'exploitation des infrastructures et les conditions fixées par la loi pour fournir des services publics répondent à plusieurs objectifs d'intérêt général. Étant donné la durée habituellement longue des projets d'infrastructure, ces dispositions et conditions risquent de devoir être modifiées pendant l'existence de l'accord de projet. Il ne faut toutefois pas oublier que le secteur privé a besoin d'un cadre réglementaire stable et prévisible. Modifier les réglementations ou introduire fréquemment des règles nouvelles et plus strictes risque d'entraver l'exécution du projet et d'en compromettre la viabilité financière. Par conséquent, si les parties peuvent conclure des arrangements contractuels pour parer aux effets préjudiciables de changements apportés ultérieurement aux réglementations (voir par. 122 à 125), les organismes de réglementation n'en ont pas moins tout intérêt à éviter d'adopter trop de réglementations ou de modifier trop fréquemment les règles en vigueur.

1. Normes de résultat

82. Les prestataires de services publics doivent généralement satisfaire à un ensemble de normes techniques et de normes de service. Ces normes sont, dans la plupart des cas, trop détaillées pour figurer dans la législation et peuvent être incluses dans des décrets d'application, des réglementations ou d'autres instruments. Les normes de service sont souvent décrites avec beaucoup de précision dans l'accord de projet. Il s'agit notamment de normes de qualité, telles que des critères de pureté et de pression de l'eau; de plafonds concernant les délais de réparation ou le nombre de défauts ou de plaintes; de l'obligation pour les services de transport de respecter les horaires; de l'exigence de continuité de l'approvisionnement; et de normes relatives à la santé, à la sécurité et à l'environnement. La législation peut toutefois énoncer les principes de base qui orienteront l'établissement de normes détaillées ou exiger l'application de normes internationales.

83. L'autorité contractante se réserve généralement le droit de vérifier que la société de projet satisfait aux normes de résultat fixées par voie réglementaire. Le concessionnaire souhaitera éviter autant que possible toute interruption dans le fonctionnement de l'ouvrage et se prémunir contre les conséquences d'une telle interruption. Il voudra être certain que l'exercice de pouvoirs de surveillance ou de réglementation par l'autorité contractante ne

perturbera ni n'interrompra indûment le fonctionnement de l'ouvrage et ne lui occasionnera pas de frais supplémentaires excessifs.

2. Extension des services

84. Dans certains systèmes juridiques, une entité qui, dans le cadre d'une concession publique, fournit certains services essentiels (par exemple de l'électricité ou de l'eau potable) à une collectivité ou à un territoire et à ses habitants est considérée comme souscrivant à l'obligation de disposer d'une installation raisonnablement adaptée pour satisfaire la demande de la collectivité ou du territoire en question. Cette obligation non seulement se rapporte à la demande initiale au moment où la concession a été accordée mais implique également la nécessité de tenir compte de la croissance de la collectivité ou du territoire desservi et de développer progressivement l'installation dans la mesure nécessaire pour répondre à la demande raisonnable de cette collectivité ou de ce territoire. Dans certains systèmes juridiques, l'obligation relève d'un devoir public qui peut être invoqué par tout membre de la collectivité ou résident du territoire concerné. Dans d'autres systèmes juridiques, il s'agit d'une obligation légale ou contractuelle que peuvent faire respecter l'autorité contractante ou un organisme de réglementation, selon le cas.

85. Dans certains systèmes juridiques, cette obligation n'est ni absolue ni illimitée. Le devoir qu'a le concessionnaire de développer ses installations peut en effet dépendre de plusieurs facteurs tels que la nécessité et le coût d'une telle extension ainsi que les recettes que l'on compte en tirer; la situation financière du concessionnaire; l'intérêt général que présente l'extension; et l'étendue des obligations assumées à cet égard par le concessionnaire au titre de l'accord de projet. Dans certains systèmes juridiques, le concessionnaire peut être tenu de développer ses installations même si cette extension n'est pas rentable dans l'immédiat ou même si, du fait de l'extension, le territoire desservi par le concessionnaire risque à terme d'inclure des zones non rentables. Cette obligation est néanmoins soumise à certaines restrictions, puisque le concessionnaire n'est pas tenu de procéder à des extensions qui constituent une charge excessive pour lui ou ses clients. Suivant le cas, le coût des extensions peut être pris en charge par le concessionnaire, répercuté sur les clients ou utilisateurs finaux sous la forme d'augmentations de redevances ou de charges exceptionnelles ou encore financé en tout ou en partie par l'autorité contractante ou par un autre organisme public au moyen de subventions ou d'aides. Étant donné la diversité des facteurs devant éventuellement être pris en considération pour évaluer le caractère raisonnable d'une extension donnée, l'accord de projet devra définir les circonstances dans lesquelles le concessionnaire peut être contraint de développer ses installations de service ainsi que les méthodes appropriées permettant de financer les dépenses occasionnées par une telle extension.

3. Continuité du service

86. Les prestataires de services publics ont également pour obligation d'assurer la fourniture continue du service dans la plupart des circonstances, sauf lorsque surviennent des événements exonérateurs bien définis (voir également par. 132 à 134). Dans certains systèmes juridiques, il s'agit d'une obligation légale qui s'applique même lorsqu'elle n'est pas expressément stipulée dans l'accord de projet. Le corollaire de cette règle, dans les systèmes juridiques où elle existe, est que les différentes circonstances qui, conformément aux principes généraux du droit des contrats, pourraient autoriser l'une des parties au contrat à suspendre ou à interrompre l'exécution de ses obligations (difficultés économiques ou non-respect des obligations par l'autre partie) ne peuvent être invoquées par le concessionnaire pour suspendre ou interrompre, en tout ou en partie, la prestation

d'un service public. Dans certains systèmes juridiques, l'autorité contractante peut même jouir de pouvoirs d'exécution spéciaux l'autorisant à obliger le concessionnaire à reprendre sa prestation en cas d'interruption illégale.

87. Cette obligation doit, elle aussi, revêtir un caractère raisonnable. Plusieurs systèmes juridiques reconnaissent au concessionnaire le droit de recevoir une juste indemnité s'il doit fournir ses services dans des situations difficiles (voir par. 126 à 130). En outre, dans certains systèmes juridiques, on considère qu'un prestataire de services publics peut ne pas être tenu de fournir ses services s'il encourt des pertes. Si le service public dans son ensemble, et pas seulement une ou plusieurs de ses branches ou encore un ou plusieurs territoires desservis par lui, n'est plus rentable, le concessionnaire peut prétendre à une indemnité directement versée par l'autorité contractante ou être habilité à résilier l'accord de projet. Or, la résiliation de l'accord exige en principe le consentement de l'autorité contractante ou une décision judiciaire. Dans les systèmes juridiques qui admettent une telle solution, il est souhaitable de préciser dans l'accord de projet quelles circonstances exceptionnelles justifieront la suspension du service, voire libéreront le concessionnaire des obligations qu'il a souscrites au titre de l'accord de projet (voir également chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ____).

4. Égalité de traitement des clients ou usagers

88. Les entités fournissant certains services au grand public sont, dans certains systèmes juridiques, spécifiquement tenues d'accorder des conditions essentiellement identiques à tous les usagers et clients appartenant à la même catégorie. Ces systèmes juridiques acceptent toutefois les distinctions fondées sur une classification raisonnable et objective des clients et usagers à condition que les mêmes services soient fournis au même moment aux consommateurs et usagers exerçant les mêmes activités dans les mêmes circonstances. Il n'est donc probablement pas contraire au principe de l'égalité de traitement de pratiquer des prix ou d'offrir des conditions d'accès différents à différentes catégories d'usagers (par exemple, les particuliers d'une part et les entreprises et industries de l'autre), pourvu que cette distinction se fonde sur des critères objectifs et corresponde à des différences réelles dans la situation des consommateurs ou dans les conditions auxquelles leur sont fournis les services. Néanmoins, si les redevances ou d'autres conditions peuvent varier compte tenu de réelles différences dans les services fournis (par exemple, tarification plus élevée pour les services fournis aux heures de pointe), ils doivent en principe le faire proportionnellement à ces différences.

89. Outre les distinctions établies par le concessionnaire lui-même, certains usagers ou clients peuvent bénéficier d'un traitement différent suite à l'intervention du législateur. Dans de nombreux pays, la loi exige que certains services soient fournis à des conditions particulièrement favorables à certaines catégories d'usagers et de clients (par exemple services de transports à prix réduits pour les écoliers ou les personnes âgées ou encore prix de l'eau ou de l'électricité pour les usagers à faibles revenus ou vivant en zone rurale). Les prestataires de services publics peuvent compenser les charges ou coûts liés à ces services de plusieurs manières, notamment au moyen de subventions publiques, de fonds ou d'autres mécanismes officiels créés pour répartir la charge financière découlant de ces obligations entre tous les prestataires de services publics ou encore grâce à des subventions internes de type croisé provenant d'autres services rentables (voir chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 42 à 44).

5. Raccordement et accès aux réseaux d'infrastructure

90. Les sociétés exploitant des réseaux d'infrastructure dans des secteurs comme les transports ferroviaires, les télécommunications ou la distribution d'électricité ou de gaz sont parfois tenues d'autoriser d'autres sociétés à accéder à ces réseaux. Cette obligation peut être énoncée dans l'accord de projet ou dans des lois ou réglementations propres à chaque secteur. Des règles de raccordement et d'accès aux réseaux ont soit été introduites dans certains secteurs d'infrastructure afin de compléter les réformes structurelles engagées dans un secteur donné, soit été adoptées pour stimuler la concurrence dans des secteurs qui demeuraient pleinement ou partiellement intégrés (pour une brève analyse de la structure des marchés, voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 21 à 46).

91. Les exploitants de réseaux sont souvent tenus d'offrir un accès à des conditions justes et non discriminatoires du point de vue tant financier que technique. Par non-discrimination, on entend que le nouvel entrant ou prestataire de services peut utiliser l'infrastructure de l'exploitant à des conditions au moins aussi favorables que ce dernier accorde à ses propres services ou à ceux des prestataires concurrents. Il est cependant à noter que de nombreux régimes d'accès aux pipelines, par exemple, n'imposent pas de conditions rigoureusement égales au transporteur et aux utilisateurs concurrents. L'obligation d'accès peut en quelque sorte être pondérée: elle peut, par exemple, se limiter à la capacité non utilisée ou être soumise à des conditions raisonnables plutôt qu'égales.

92. L'établissement des prix d'accès se fondant généralement sur les coûts d'utilisation, les organismes de réglementation conservent souvent le droit de contrôler les redevances d'accès afin de s'assurer qu'ils sont suffisamment élevés pour inciter à investir dans l'infrastructure nécessaire et suffisamment bas pour permettre aux nouveaux entrants de soutenir la concurrence dans des conditions équitables. Lorsque l'exploitant du réseau offre des services en concurrence avec d'autres prestataires, il peut s'avérer nécessaire de comptabiliser ses activités à part afin de déterminer le coût réel de l'utilisation, par les tierces parties, du réseau ou d'éléments de ce dernier.

93. Les conditions techniques d'accès peuvent également être déterminantes et il peut être demandé aux exploitants d'adapter leur réseau pour satisfaire aux demandes d'accès des nouveaux entrants. L'accès peut être accordé à l'ensemble du réseau ou à des éléments ou segments monopolistes de ce dernier (également appelés, parfois, installations engorgées ou essentielles). De nombreux États autorisent les prestataires de services à construire leur propre infrastructure ou à utiliser, lorsqu'elle existe, une infrastructure de substitution. Dans ce cas, le prestataire de services peut n'avoir besoin d'accéder qu'à une petite partie du réseau et ne peut pas, selon de nombreuses réglementations, être contraint de payer davantage que le coût correspondant à l'utilisation de l'installation précise dont il a besoin, qu'il s'agisse d'un circuit local de télécommunications, de la capacité de transmission pour la distribution d'électricité ou de l'utilisation d'un tronçon de voie ferrée.

6. Obligation d'information

94. De nombreuses législations nationales obligent les prestataires de services publics à fournir aux organismes de réglementation des renseignements précis et actualisés sur leur fonctionnement et confèrent à ces mêmes organismes des droits spécifiques leur permettant de faire respecter cette obligation, tels que le droit de procéder à des enquêtes et à des audits, en particulier à une vérification détaillée des résultats et à des enquêtes de conformité, d'imposer des sanctions aux sociétés qui refusent de coopérer et de prononcer des injonctions ou d'infliger des pénalités pour contraindre les sociétés à communiquer les renseignements requis.

95. Les prestataires de services publics ont généralement l'obligation de tenir à jour et de communiquer à l'organisme de réglementation leurs comptes et états financiers ainsi que de tenir une comptabilité détaillée permettant à cet organisme de suivre les différents aspects de leur activité séparément. Il peut aussi être nécessaire de surveiller de près les transactions financières entre la société concessionnaire et ses filiales, car celle-ci peut tenter de transférer des bénéfices vers des entreprises non réglementées ou vers des filiales étrangères. Il peut également être fait obligation aux exploitants d'infrastructures de rendre compte dans le détail de leurs moyens techniques et de leurs résultats. Toutefois, il importe, en règle générale, d'imposer des limites raisonnables à la portée et à la nature des renseignements demandés aux exploitants d'infrastructures. En outre, il faudrait prendre des mesures appropriées pour préserver le secret de toute information confidentielle que la société concessionnaire et ses filiales pourraient fournir à l'organisme de réglementation.

7. Pouvoirs conférés au concessionnaire pour faire respecter les obligations

96. Dans les pays où l'octroi de concessions pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, le concessionnaire peut avoir le pouvoir d'établir des règles destinées à faciliter la fourniture du service (instructions destinées aux usagers, règles de sécurité), de prendre des mesures raisonnables pour veiller au respect de ces règles et de suspendre la fourniture du service en cas d'urgence ou pour des raisons de sécurité. Pour ce faire, la plupart des systèmes juridiques exigent une directive générale, voire une autorisation au cas par cas délivrée par l'organe législatif. Toutefois, l'étendue des pouvoirs ainsi délégués étant généralement définie dans l'accord de projet, il n'est pas nécessaire de la déterminer avec précision dans la législation. Il serait souhaitable de prévoir que les règles édictées par le concessionnaire doivent prendre effet sur approbation de l'organisme de réglementation ou de l'autorité contractante, selon le cas. Le droit d'approuver les règles de fonctionnement proposées par le concessionnaire ne devrait toutefois pas être arbitraire et le concessionnaire devrait être habilité à faire appel d'une décision rejetant les règles ainsi proposées (voir également le chapitre premier, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 49 et 50).

97. Il importe particulièrement au concessionnaire de savoir si la fourniture du service peut être interrompue en cas de défaillance ou de non-respect des obligations de la part des usagers. Bien que le concessionnaire soit généralement tenu d'assurer la continuité du service (voir par. 86 et 87), de nombreux systèmes juridiques reconnaissent aux entités fournissant des services publics le droit d'établir et de faire appliquer des règles prévoyant l'interruption du service si un consommateur ou usager omet de payer ou enfreint gravement les conditions d'utilisation. Ce droit est souvent jugé indispensable pour prévenir les abus et garantir la viabilité économique du service. Toutefois, étant donné le caractère essentiel de certains services publics, l'exercice de ce droit peut être soumis à l'autorisation des organes législatifs dans certains systèmes juridiques. Il peut également être soumis à un certain nombre de restrictions ou conditions expresses ou implicites, telles que l'obligation de notification préalable et la possibilité pour les consommateurs d'exercer des recours. D'autres restrictions et conditions peuvent découler de l'application des règles générales de protection des consommateurs (voir chapitre VII, "Autres domaines pertinents du droit", ____).

J. Arrangements contractuels généraux

98. La présente section examine les arrangements contractuels qui figurent généralement dans les accords de projet conclus dans différents secteurs et qui trouvent souvent leur

expression dans les clauses contractuelles standard utilisées par les autorités contractantes nationales. Bien qu'essentiellement contractuels par nature, les arrangements en question peuvent avoir d'importantes incidences sur la législation du pays hôte en fonction de son système juridique.

1. Sous-traitance

99. En raison de la complexité des projets d'infrastructure, le concessionnaire s'assure généralement les services d'une ou plusieurs entreprises de construction qui exécutent en tout ou en partie les travaux dans le cadre de l'accord de projet. Le concessionnaire souhaitera peut-être aussi s'assurer les services d'entrepreneurs expérimentés dans l'exploitation et la maintenance d'infrastructures pendant la phase d'exploitation du projet. Les lois de certains pays reconnaissent généralement au concessionnaire le droit de conclure les contrats nécessaires à l'exécution des travaux de construction. Une disposition législative reconnaissant au concessionnaire le droit de sous-traiter peut s'avérer particulièrement utile dans les pays où la possibilité pour les entrepreneurs publics de conclure des contrats de sous-traitance est restreinte.

a) Choix des sous-traitants

100. Dans certains pays, la liberté dont jouit le concessionnaire pour engager des sous-traitants est limitée par des règles qui prescrivent le recours à des appels d'offres et à des procédures similaires pour l'octroi de contrats de sous-traitance par les prestataires de services publics. Ces dispositions législatives ont souvent été adoptées à une époque où les infrastructures étaient principalement ou exclusivement exploitées par l'État et où les investissements du secteur privé étaient peu importants, voire marginaux. Elles ont pour but d'assurer une utilisation parcimonieuse, rationnelle, intègre et transparente des fonds publics. Toutefois, dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé, ce type de disposition risque de décourager les investisseurs potentiels, étant donné que les promoteurs du projet comptent généralement parmi eux des sociétés d'ingénierie et des entreprises de construction qui participent au projet dans l'espoir de se voir attribuer les principaux contrats pour l'exécution des travaux de construction et autres.

101. La latitude dont dispose le concessionnaire pour sélectionner ses sous-traitants n'est pas illimitée pour autant. Dans certains pays, le concessionnaire doit indiquer, dans sa proposition, les entrepreneurs qui seront retenus et fournir des informations sur leurs compétences techniques et leur situation financière. D'autres pays soit exigent que ces éléments d'information soient communiqués lors de la conclusion de l'accord de projet, soit soumettent ce type de contrat à l'examen et à l'approbation préalables de l'autorité contractante. Ces dispositions visent à éviter d'éventuels conflits d'intérêt entre la société de projet et ses actionnaires, aspect qui, en principe, intéresse également les prêteurs, qui souhaiteront peut-être s'assurer que les entrepreneurs de la société de projet ne sont pas surpayés. En tout état de cause, si l'on juge nécessaire de conférer à l'autorité contractante le droit d'examiner et d'approuver les contrats de sous-traitance de la société de projet, l'accord de projet devra déterminer clairement le but de ces procédures d'examen et d'approbation ainsi que les circonstances dans lesquelles l'autorité contractante peut refuser de donner son approbation. En règle générale, aucun refus ne doit normalement être opposé sauf s'il apparaît que les contrats de sous-traitance contiennent des dispositions manifestement contraires à l'intérêt général (par exemple dispositions prévoyant une rémunération excessive des sous-traitants ou limitation abusive de la responsabilité) ou contraires aux règles impératives relevant du droit public applicables à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé dans le pays hôte.

b) Droit applicable

102. 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 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.

103. Il est rare que le droit interne spécifique aux projets d'infrastructure à financement privé contienne des dispositions relatives au droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire. En fait, la plupart des pays n'ont pas jugé nécessaire de prendre des dispositions spécifiques 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 du droit international privé. On notera, cependant, que la liberté de choisir le droit applicable pour la conclusion de contrats et l'établissement d'autres relations juridiques est, dans certains systèmes juridiques, soumise à des conditions et à des restrictions en application de règles du droit international privé ou de certaines règles de droit public du pays hôte. Par exemple, les États parties à certains accords d'intégration économique régionale sont tenus d'adopter des dispositions harmonisées du droit international privé traitant entre autres des contrats conclus entre des prestataires de services publics et leurs entrepreneurs. Tandis que les règles du droit international privé accordent souvent une liberté considérable pour ce qui est de choisir la loi régissant les contrats commerciaux, cette liberté est, dans certains pays, limitée pour les contrats et relations juridiques qui ne sont pas qualifiées de commerciales comme, par exemple, certains contrats conclus par des organismes publics du pays hôte (par exemple garanties et assurances données par les pouvoirs publics, engagements d'achat d'énergie ou d'approvisionnement en combustible pris par un organisme public) ou les contrats conclus avec des consommateurs.

104. 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.

2. Responsabilité à l'égard des usagers et des tiers

105. La construction ou l'exploitation défectueuse d'un ouvrage d'infrastructure peut entraîner le décès ou la blessure d'employés du concessionnaire, d'usagers de l'ouvrage ou de tiers, ou endommager leur bien. Les questions relatives aux dommages à verser aux tiers dans ces cas sont complexes et sont souvent régies non par les règles du droit applicable à l'accord de projet régissant la responsabilité contractuelle, mais plutôt par les règles légales applicables régissant la responsabilité extra-contractuelle. Ces dernières sont souvent obligatoires. Par ailleurs, certains systèmes juridiques comprennent des règles obligatoires spéciales régissant la responsabilité extra-contractuelle des organismes publics auxquelles l'autorité contractante peut être soumise. En outre, l'accord de projet ne peut

pas limiter l'obligation qu'a le concessionnaire ou l'autorité contractante d'indemniser des tiers qui ne sont pas parties à l'accord de projet. Il est donc souhaitable que l'autorité contractante et le concessionnaire prévoient la répartition interne des risques entre eux s'agissant des dommages à verser à des tiers en cas de décès, de blessure ou d'endommagement de leur bien, dans la mesure où cette répartition n'est pas régie par des règles obligatoires. Il est également souhaitable que les parties prévoient une assurance contre ces risques (voir par. 119 et 120).

106. Si un tiers est victime d'une blessure ou de dommages causés à son bien du fait de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage et porte plainte contre l'autorité contractante, la loi peut stipuler que le concessionnaire seul endosse une responsabilité à cet égard et que l'autorité contractante n'endosse aucune responsabilité vis-à-vis de telles plaintes de tiers, sauf lorsque le dommage a été causé par la défaillance ou la négligence grave de cette dernière. Il pourra être utile de stipuler, en particulier, que la seule approbation par l'autorité contractante de la conception ou de la spécification de l'ouvrage ou des travaux de construction ou l'autorisation finale d'exploitation de l'ouvrage en vue de son utilisation par le public ne suppose pas la reconnaissance, par l'autorité contractante, d'une responsabilité en cas de dommages subis par les usagers de l'ouvrage ou par des tiers découlant de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage ou de l'inadéquation de la conception ou des spécifications approuvées. En outre, comme une disposition concernant la répartition de la responsabilité peut ne pas être opposable à des tiers en vertu du droit applicable, il peut être souhaitable que l'accord de projet stipule que l'autorité contractante sera protégée et indemnisée en cas d'action en dommages-intérêts intentée par des tiers victimes d'une blessure ou de dommages causés à leur bien résultant de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage d'infrastructure.

107. L'accord de projet devra également stipuler que les parties devront se tenir mutuellement informées de toute action ou procédure en cours ou prévue intentée contre eux et pour laquelle l'autorité contractante a le droit d'être indemnisée, et à s'accorder mutuellement une assistance raisonnable pour se défendre contre ladite action ou procédure dans la mesure autorisée par la loi du pays où cette procédure est engagée.

3. Garanties de bonne fin et assurance

108. Les obligations du concessionnaire sont généralement complétées par l'offre d'une forme quelconque de garantie de bonne fin en cas de défaillance et d'assurance contre un certain nombre de risques. La législation de certains pays exige généralement que des garanties de bonne fin suffisantes soient données par le concessionnaire et renvoient, pour les détails, la question à l'accord de projet. Dans d'autres pays, la législation comprend des dispositions plus détaillées, exigeant par exemple l'offre d'un certain type de garantie jusqu'à un pourcentage donné de l'investissement de base.

a) Types, fonctions et nature des garanties de bonne fin

109. Les garanties de bonne fin sont généralement de deux types. Dans le premier – la garantie de bonne fin monétaire –, le garant s'engage uniquement à verser à l'autorité contractante des fonds jusqu'à une certaine hauteur pour liquider les responsabilités du concessionnaire dans l'éventualité d'une défaillance de ce dernier. Les garanties de bonne fin monétaires peuvent prendre la forme d'une obligation contractuelle, d'une lettre de crédit "stand-by" ou d'une garantie à première demande. Dans l'autre type de garantie, la garantie de bonne exécution, le garant choisit l'une de deux options: a) rectifier une construction défectueuse ou achever une construction incomplète lui-même; ou b) obtenir qu'un autre entrepreneur rectifie une construction défectueuse ou achève une construction

incomplète ou compense l'autorité contractante pour les pertes causées par la défaillance. La valeur d'un tel engagement se limite à un montant spécifié ou à un certain pourcentage de la valeur du contrat. Dans le cadre d'une garantie de bonne exécution, le garant se réserve fréquemment, par ailleurs, la possibilité de s'acquitter de ses obligations uniquement par le versement d'une somme d'argent à l'autorité contractante. Les garanties de bonne exécution sont généralement accordées par des organismes spécialisés tels que des compagnies de garantie et d'assurance. Un type particulier de garantie de bonne exécution est la garantie de maintenance, qui prémunit l'autorité contractante contre des défaillances futures qui pourraient survenir pendant la période de démarrage ou de maintenance et sert à garantir que tout travail de réparation ou de maintenance pendant la période de garantie suivant l'achèvement sera dûment effectué par le concessionnaire.

110. S'agissant de leur nature, les garanties de bonne fin peuvent être généralement classées en garanties indépendantes et garanties accessoires. Une garantie est dite "indépendante" si l'obligation du garant est indépendante des obligations contractées par le concessionnaire au titre de l'accord de projet. En vertu d'une garantie indépendante (souvent appelée garantie à première demande) ou d'une lettre de crédit "stand-by", le garant ou émetteur est tenu d'effectuer un versement à la demande du bénéficiaire, ce dernier étant habilité à faire valoir son droit de recouvrement en vertu de l'instrument s'il présente le ou les documents stipulé(s) dans les conditions de la garantie ou de la lettre de crédit "stand-by". Ce document peut être simplement une déclaration du bénéficiaire selon laquelle l'entrepreneur a fait défaut. Le garant ou émetteur n'est pas autorisé à retenir le versement au motif qu'il n'y a eu, en fait, aucune défaillance au titre du contrat principal; cependant, en vertu du droit applicable à l'instrument, le versement peut être, dans des circonstances très exceptionnelles et très étroitement définies, refusé ou retenu (lorsque la réclamation du bénéficiaire est manifestement frauduleuse, par exemple). Par opposition, une garantie est accessoire lorsque l'obligation du garant nécessite davantage que le simple examen d'une demande documentée de versement, en ce que le garant peut avoir à évaluer les preuves de responsabilité de l'entrepreneur pour une défaillance au titre du contrat de travail. La nature du lien peut varier selon les garanties et peut comprendre la nécessité de prouver la responsabilité de l'entrepreneur dans le cadre de procédures d'arbitrage. Par leur nature, les garanties de bonne exécution ont un caractère accessoire au contrat sous-jacent.

b) Avantages et inconvénients des différents types de garantie de bonne fin

111. Du point de vue de l'autorité contractante, les garanties de bonne fin monétaires peuvent être particulièrement utiles pour couvrir les coûts supplémentaires pouvant être encourus par l'autorité contractante en cas de retard ou de défaillance du concessionnaire. Les garanties de bonne fin monétaires peuvent également servir à inciter le concessionnaire à achever la construction dans les temps et à s'acquitter de ses autres obligations conformément aux dispositions de l'accord de projet. Cependant, le montant de ces garanties ne représente généralement qu'une fraction de la valeur économique de l'obligation garantie et n'est généralement pas suffisant pour couvrir le coût de l'exécution des travaux par une tierce partie en lieu et place du concessionnaire ou de ses entrepreneurs.

112. Du point de vue de l'autorité contractante, une garantie à première demande présente l'avantage d'assurer un recouvrement rapide des fonds couverts par la garantie sans que l'on ait à prouver la défaillance de l'entrepreneur ni l'ampleur de la perte du bénéficiaire. De surcroît, les garants offrant des garanties de bonne fin monétaires, en particulier les banques, préfèrent des garanties à première demande, car les conditions de mise en jeu de

leur obligation de payer sont clairement définies. Ils ne seront donc pas impliqués dans des différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire quant à savoir si oui ou non il y a eu défaillance au titre de l'accord de projet. Un autre avantage, pour une banque émettant une garantie à première demande, est la possibilité d'un recouvrement rapide et efficace des sommes versées au titre d'une garantie à première demande par accès direct aux biens du concessionnaire.

113. L'un des inconvénients, pour l'autorité contractante, d'une garantie à première demande ou d'une lettre de crédit "stand-by" est que ces instruments peuvent majorer le coût total du projet, le concessionnaire étant généralement obligé d'obtenir et de constituer d'importantes contre-garanties en faveur des institutions émettant la garantie à première demande ou la lettre de crédit "stand-by". Par ailleurs, un concessionnaire qui accorde une telle garantie peut souhaiter s'assurer contre le risque d'un recouvrement par l'autorité contractante en vertu de la garantie ou de la lettre de crédit "stand-by" alors qu'il n'y a eu, en fait, aucune défaillance du concessionnaire. Or, le coût de cette assurance est inclus dans le coût du projet. Le concessionnaire peut également inclure dans le coût du projet le coût potentiel de toute action qu'il peut avoir à intenter contre l'autorité contractante pour obtenir le remboursement de la somme injustement réclamée.

114. L'un des inconvénients, pour le concessionnaire, d'une garantie à première demande ou d'une lettre de crédit "stand-by" est que, s'il y a recouvrement par l'autorité contractante alors qu'il n'y a eu aucune défaillance du concessionnaire, ce dernier peut subir une perte immédiate si le garant ou l'émetteur de la lettre de crédit se rembourse sur les actifs du concessionnaire après paiement à l'autorité contractante. Le concessionnaire peut également éprouver des difficultés à recouvrer auprès de l'autorité contractante la somme injustement réclamée.

115. Une garantie accessoire exige généralement du bénéficiaire qu'il prouve la défaillance de l'entrepreneur et l'ampleur de la perte subie par le bénéficiaire. De plus, les moyens de défense dont dispose le débiteur, s'il est poursuivi en justice pour défaillance, sont les mêmes que ceux du garant. En conséquence, l'autorité contractante risque de faire face à un différend prolongé si elle émet une réclamation au titre de la garantie. Dans la pratique, ce risque peut être réduit, par exemple, si la présentation de réclamations en vertu de la garantie est soumise à une procédure telle celle prévue à l'article 7 j) i) des Règles uniformes pour les "contract bonds" établies par la Chambre de commerce internationale. L'article 7 j) i) des Règles uniformes prévoit que nonobstant tout litige ou différend existant entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire au sujet de l'observation du contrat ou d'une quelconque obligation contractuelle, un défaut sera censé avoir été établi par l'émission d'un certificat de défaut par un tiers (lequel peut être, sans limitation, un architecte ou ingénieur indépendant ou l'auteur d'un référé préarbitral de la CCI) si le "contract bond" le prévoit et si ce certificat, ou une copie certifiée conforme de celui-ci, a été remis au garant. Lorsqu'une telle procédure est adoptée, l'autorité contractante est habilitée à obtenir le paiement en vertu de la garantie même si son droit à ce paiement est contesté par le concessionnaire.

116. À l'image du risque moindre supporté par le garant, la limite monétaire de responsabilité du garant peut être considérablement plus élevée qu'en vertu d'une garantie à première demande et couvrir ainsi un pourcentage plus important des travaux d'exécution prévus dans l'accord de projet. Une garantie de bonne exécution peut également être avantageuse si l'autorité contractante est dans l'impossibilité de faire facilement rectifier les défauts ou d'achever la construction elle-même et a besoin de l'assistance d'une tierce partie pour faire rectifier les défauts ou achever les travaux. Lorsque, cependant, la construction nécessite de recourir à une technologie connue du seul concessionnaire, la

rectification des défauts ou l'achèvement des travaux par une tierce personne peut ne pas être envisageable. Dans ce cas, une garantie de bonne exécution peut ne pas présenter le dernier avantage mentionné par rapport à une garantie de bonne fin monétaire. Pour le concessionnaire, les garanties accessoires ont l'avantage de préserver sa capacité d'emprunt car les garanties accessoires, à la différence des garanties à première demande et des lettres de crédit "stand-by", n'affectent pas la ligne de crédit qui lui a été accordée par les prêteurs.

117. Il découle de ce qui précède que différents types de garantie peuvent être utiles en fonction des obligations assumées par le concessionnaire. S'il est utile d'exiger du concessionnaire qu'il fournisse des garanties suffisantes de bonne fin, il est également conseillé de laisser aux parties le soin de déterminer la mesure dans laquelle des garanties sont nécessaires et quelles garanties devraient être fournies en fonction des obligations assumées par le concessionnaire plutôt que d'exiger la présence, dans la législation, d'une seule forme de garantie à l'exclusion d'autres. On notera que la société de projet elle-même exigera de ses entrepreneurs qu'ils lui fournissent plusieurs garanties de bonne fin (voir par. 6) et que des garanties supplémentaires au profit de l'autorité contractante majorent généralement le coût global et la complexité d'un projet. Dans certains pays, les orientations pratiques données aux autorités contractantes nationales leur conseillent d'examiner soigneusement si et dans quelles circonstances ces garanties sont nécessaires, quels risques spécifiques ou pertes elles devraient couvrir et quel type de garantie convient le mieux à chaque cas. L'aptitude de la société de projet à obtenir des financements pour le projet peut être compromise par des contraintes de garantie excessives.

118. Un problème particulier des projets d'infrastructure à financement privé a trait à la durée de la garantie. L'autorité contractante peut avoir intérêt à obtenir des garanties de bonne fin qui demeurent valables pendant la durée entière du projet, couvrant à la fois la phase de construction et celle d'exploitation. Cependant, étant donné la longue durée des projets d'infrastructure et la difficulté d'évaluer les divers risques qui peuvent survenir, il peut être difficile pour le garant d'émettre une garantie de bonne exécution pour la durée totale du projet ou de réassurer les obligations qu'il a contractées à ce titre. Dans la pratique, ce problème est exacerbé par la stipulation selon laquelle le non-renouvellement d'une garantie de bonne exécution constitue un motif d'appel de la garantie, de sorte que le fait de permettre à la société de projet de ne fournir que des garanties pour des périodes plus courtes peut ne pas être une solution satisfaisante. Une solution possible, utilisée dans certains pays, consiste à exiger des garanties distinctes pour la phase de construction et pour la phase d'exploitation, ce qui permet une meilleure évaluation des risques et offre de meilleures perspectives de réassurance. Un tel système peut être amélioré en définissant précisément le risque à couvrir pendant la période d'exploitation, ce qui permet de mieux évaluer les risques et de réduire le montant total de la garantie. Une autre possibilité envisageable par l'autorité contractante peut consister à exiger la fourniture de garanties de bonne exécution pendant certaines périodes cruciales plutôt que pour la durée entière du projet. Une garantie peut être exigée, par exemple, pendant la phase de construction et s'appliquer pendant une période appropriée après l'achèvement de façon à couvrir d'éventuels défauts tardifs. Une telle garantie pourrait ensuite être remplacée par une garantie de bonne exécution pour un certain nombre d'années d'exploitation, de façon à permettre à la société de projet de démontrer son aptitude à exploiter l'infrastructure conformément aux normes spécifiées. En cas d'exécution satisfaisante par la société de projet, l'exigence de garantie pourrait être abandonnée pour le reste de la phase d'exploitation jusqu'à une certaine date précédant la fin de la concession, date à laquelle il pourrait être exigé de la société de projet qu'elle émette une autre garantie couvrant ses obligations relatives à la remise des actifs et, lorsqu'il y a lieu, aux autres mesures

nécessaires à une liquidation ordonnée du projet (voir chapitre V, “Durée, prorogation et résiliation de l’accord de projet”, ____).

c) Mécanismes d’assurance

119. Les mécanismes d’assurance utilisés pour les projets d’infrastructure à financement privé varient généralement en fonction de la phase à laquelle ils s’appliquent, certains types d’assurance n’étant souscrits que pendant une phase particulière du projet. Certaines formes d’assurance, telles que l’assurance “interruption des affaires”, peuvent être souscrites par le concessionnaire dans son propre intérêt, tandis que d’autres formes d’assurance peuvent être exigées par les lois du pays hôte. Les formes d’assurance souvent exigées par la loi incluent l’assurance contre les dommages causés à l’infrastructure, l’assurance responsabilité civile, l’assurance rémunération des travailleurs et l’assurance contre la pollution et les atteintes à l’environnement.

120. Les polices d’assurance obligatoires en vertu des lois du pays hôte doivent souvent être souscrites auprès d’une compagnie d’assurance locale ou d’une autre institution autorisée à opérer dans le pays, ce qui peut parfois poser un certain nombre de difficultés pratiques. Dans certains pays, le type de couverture généralement offert peut être plus limité que la couverture standard disponible sur le marché international, auquel cas le concessionnaire peut rester exposé à un certain nombre de risques pouvant dépasser sa capacité d’auto-assurance. Ce risque est particulièrement important s’agissant de l’assurance contre les atteintes à l’environnement. D’autres difficultés peuvent surgir dans certains pays du fait de l’aptitude limitée des assureurs locaux à réassurer les risques sur les marchés internationaux de l’assurance et de la réassurance. En conséquence, la société de projet peut souvent avoir besoin de souscrire une assurance complémentaire en dehors du pays, ce qui majore le coût global de financement du projet.

4. Changements de circonstances

121. Les projets d’infrastructure à financement privé portent en général sur une longue période, pendant laquelle de nombreuses circonstances associées au projet peuvent changer. Les incidences de nombre de ces changements peuvent être automatiquement traitées dans l’accord de projet, soit en prévoyant des arrangements financiers tels qu’une structure tarifaire comportant une clause d’indexation (voir par. 39 à 46), soit en faisant assumer par l’une ou l’autre des parties, expressément ou par exclusion, certains risques (par exemple, si le prix de l’approvisionnement en combustible ou en électricité n’est pas pris en considération dans les mécanismes d’indexation, le risque d’un niveau de prix supérieur à ce qui était envisagé est assumé par le concessionnaire). Toutefois, il existe des changements qui n’entrent pas facilement dans le cadre d’un mécanisme d’ajustement automatique ou que les parties peuvent préférer exclure d’un tel mécanisme. Sur le plan législatif, deux catégories particulières de changement doivent faire l’objet d’une attention particulière: les changements législatifs ou réglementaires et les changements imprévus de la conjoncture économique.

a) Changements législatifs et réglementaires

122. Étant donné la durée des projets d’infrastructure à financement privé, le concessionnaire peut devoir, pour satisfaire aux obligations qu’il a contractées dans le cadre de l’accord de projet, être tenu d’engager des dépenses supplémentaires en raison de changements futurs imprévus de la législation s’appliquant à ses activités. À l’extrême, la législation peut le mettre dans l’impossibilité financière ou matérielle de poursuivre le projet. Pour examiner les solutions appropriées face à des changements législatifs, il peut

être utile d'établir une distinction entre les changements qui ont une incidence particulière sur les projets d'infrastructure à financement privé ou sur un projet particulier, d'une part, et les changements législatifs généraux qui touchent également d'autres activités économiques en dehors de la gestion des infrastructures.

123. Toutes les organisations commerciales, que ce soit dans le secteur privé ou dans le secteur public, peuvent être visées par des changements de la législation et doivent normalement faire face aux conséquences de ces changements pour leur activité, y compris l'impact sur le prix ou la demande de leurs produits. On peut citer à cet égard plusieurs exemples: changements de la structure des déductions pour amortissement s'appliquant à des catégories entières d'actifs, qu'ils soient détenus par le secteur public ou par le secteur privé et liés ou non à des projets d'infrastructure; réglementations touchant la santé et la sécurité des travailleurs du bâtiment pour tous les projets de construction et non pas seulement pour les projets d'infrastructure; et changements de la réglementation concernant l'élimination des substances dangereuses. Les changements généraux de la législation peuvent être considérés comme un risque commercial ordinaire plutôt que comme un risque particulier aux activités du concessionnaire, et l'État peut avoir quelques difficultés à s'engager à protéger les exploitants d'infrastructures contre les conséquences économiques et financières de changements de la législation qui touchent de la même manière d'autres organisations commerciales. C'est pourquoi il n'y a pas, à première vue, de raison pour que le concessionnaire ne supporte pas les conséquences des risques législatifs généraux, y compris le risque de coûts découlant de changements de la loi s'appliquant à l'ensemble du secteur auquel il appartient.

124. Néanmoins, il est important de tenir compte d'éventuelles limites de la capacité du concessionnaire à réagir à des augmentations de coûts résultant de changements législatifs généraux ou à absorber ces augmentations. Les exploitants d'infrastructures sont souvent soumis à des normes en matière de services et à des mécanismes de contrôle des redevances qui font qu'il leur est difficile de prendre les mêmes mesures que d'autres sociétés privées pour s'adapter aux changements de la législation (par exemple, en augmentant leurs redevances ou en réduisant leurs services). Lorsque l'accord de projet prévoit des mécanismes de contrôle des redevances, le concessionnaire cherchera à obtenir de l'autorité contractante et de l'organisme de réglementation, selon le cas, l'assurance qu'il sera autorisé à recouvrer les dépenses supplémentaires qu'entraîneront les changements de la législation en augmentant ses redevances. Lorsqu'il est impossible de donner une telle assurance, il est souhaitable d'habiliter l'autorité contractante à négocier avec le concessionnaire le dédommagement auquel il peut avoir droit si les mesures de contrôle des redevances ne l'autorisent pas à compenser pleinement une augmentation des coûts résultant de changements législatifs généraux.

125. Il en va autrement lorsque le concessionnaire voit ses coûts augmenter en raison de changements dans la législation qui visent le projet qui le concerne, une catégorie de projets analogues ou l'ensemble des projets d'infrastructure à financement privé. De tels changements ne peuvent pas être considérés comme un risque commercial ordinaire et peuvent modifier considérablement les hypothèses économiques et financières sur la base desquelles l'accord de projet a été négocié. Aussi, l'autorité contractante accepte-t-elle souvent de supporter les coûts supplémentaires résultant d'une législation qui vise le projet particulier, une catégorie de projets analogues ou l'ensemble des projets d'infrastructure à financement privé. Ainsi, dans les projets d'autoroutes, la législation visant un projet particulier ou une société d'exploitation de routes, ou encore cette catégorie de projets de routes exploitées par une entreprise privée, peut entraîner un ajustement des redevances au titre des dispositions pertinentes de l'accord de projet.

b) Changements de la conjoncture économique

126. Dans certains systèmes juridiques, des règles autorisent une révision des clauses de l'accord du projet à la suite d'un changement des conditions économiques ou financières qui, sans empêcher l'exécution par une partie de ses obligations contractuelles, rend cette exécution considérablement plus onéreuse que ce qui avait été prévu au moment de la conclusion de l'accord. Dans certains systèmes juridiques, la possibilité de révision des clauses de l'accord est généralement implicite dans tous les contrats publics, ou est expressément prévue dans la législation pertinente.

127. Les considérations d'ordre financier et économique pour l'investissement du concessionnaire sont négociées à la lumière des hypothèses fondées sur les circonstances prévalant au moment des négociations et les attentes raisonnables des parties sur l'évolution probable de ces circonstances pendant la vie du projet. Dans une certaine mesure, des projections de paramètres économiques et financiers et parfois même une certaine marge de risque seront normalement incluses dans la formulation des propositions financières par les soumissionnaires (voir chapitre III, "Sélection du concessionnaire, par. 68). Cependant, il peut se produire certains événements que les parties n'auront pas pu raisonnablement anticiper lors de la négociation de l'accord de projet et qui, s'ils avaient été pris en considération, auraient entraîné une répartition différente des risques ou une contrepartie pour l'investissement du concessionnaire. Étant donné la durée des projets d'infrastructure, il importe de concevoir des mécanismes permettant de faire face à l'impact financier et économique de ces événements. Un certain nombre de pays appliquent donc des règles de révision et jugent utile d'aider les parties à trouver des solutions équitables pour assurer la poursuite de la viabilité économique et financière des projets d'infrastructure afin d'éviter une défaillance du concessionnaire qui pourrait avoir des effets négatifs. Toutefois, ces règles peuvent aussi présenter quelques inconvénients, en particulier du point de vue des pouvoirs publics.

128. Comme les changements législatifs de caractère général, les changements de la conjoncture économique sont des risques auxquels s'exposent la plupart des organisations commerciales sans avoir recours à une garantie générale des pouvoirs publics qui les protégerait contre les effets économiques et financiers de ces changements. Si l'autorité contractante s'oblige sans réserve à dédommager le concessionnaire en cas de changement de la conjoncture économique, le secteur public peut se voir transférer une partie considérable des risques commerciaux qui avaient été à l'origine alloués au concessionnaire et qui représentent une obligation financière illimitée. En outre, il convient de noter que le niveau des redevances envisagé et les éléments essentiels de la répartition des risques constituent des facteurs importants, voire décisifs, dans la sélection du concessionnaire. Une possibilité excessivement généreuse de renégociation du projet peut conduire à la soumission de propositions offrant des prix irréalistes pendant la procédure de sélection dans l'espoir d'une augmentation des redevances une fois le projet attribué. L'autorité contractante peut donc avoir intérêt à établir des limites raisonnables dans les dispositions statutaires ou contractuelles autorisant des révisions de l'accord de projet en cas de changement de la conjoncture économique.

129. Il peut être souhaitable de prévoir dans l'accord de projet qu'un changement de circonstances qui justifie une révision de l'accord de projet doit avoir échappé au contrôle du concessionnaire et être d'une nature telle qu'il était impossible d'escompter raisonnablement du concessionnaire qu'il les prenne en considération au moment de la négociation de l'accord ou d'avoir évité ou surmonté ses conséquences. Ainsi, on peut ne pas attendre d'un exploitant d'une route à péage détenteur d'une concession exclusive qu'il prenne en considération et assume le risque de la diminution du trafic routier résultant de

l'ouverture ultérieure d'une autre route sans péage par une entité autre que l'autorité contractante. Toutefois, le concessionnaire devra normalement tenir compte de la possibilité d'augmentation raisonnable des coûts de main-d'œuvre au cours de la vie du projet. Ainsi, dans des circonstances normales, le fait que les salaires se révèlent plus élevés que ce qui était prévu ne constituerait pas une raison suffisante pour réviser l'accord de projet.

130. Il peut aussi être souhaitable de prévoir, dans l'accord de projet, que, pour qu'une révision dudit accord soit acceptée, il faut que les changements des conditions économiques et financières représentent une valeur minimale donnée proportionnelle au coût total du projet ou au revenu du concessionnaire. Une telle règle peut être utile pour repousser le recours à des négociations d'ajustement lourdes jusqu'à ce que les changements accumulés représentent un chiffre important. Dans certains pays, des règles établissent un plafond pour le montant cumulatif des révisions périodiques de l'accord de projet. Elles ont pour but d'éviter un recours inapproprié au mécanisme de changement pour obtenir un équilibre financier général qui n'a aucun lien avec celui qui était envisagé dans l'accord de projet initial. Du point de vue du concessionnaire et des prêteurs, toutefois, de telles restrictions peuvent représenter un risque considérable en cas, par exemple, d'augmentation considérable des coûts résultant de profonds changements des circonstances. Il faut donc examiner avec soin à la fois l'opportunité d'introduire un plafond et le niveau auquel il est fixé.

5. Clauses exonératoires

131. Il peut, au cours de la vie d'un projet d'infrastructure, se produire des événements qui empêchent une des parties à l'accord de satisfaire à ses obligations contractuelles. Ces événements échappent normalement au contrôle des parties et peuvent être de nature matérielle telle qu'une catastrophe naturelle, ou le résultat d'une action humaine telle qu'une guerre, des émeutes ou des attaques terroristes. De nombreux systèmes juridiques reconnaissent généralement qu'une partie qui ne peut satisfaire à une obligation contractuelle en raison de certains types d'événements peut être exemptée des conséquences de d'une défaillance de ce type.

a) Définition des empêchements exonératoires

132. Les empêchements exonératoires comprennent généralement les événements qui échappent au contrôle d'une partie et la mettent dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, et qui n'ont pu être surmontés par l'exercice d'une diligence raisonnable. Les cas les plus courants sont les suivants: catastrophes naturelles (par exemple, cyclones, inondations, sécheresses, tremblements de terre, orages, incendies ou foudre); guerre (déclarée ou non) et autre activité militaire, y compris les émeutes et les troubles civils; panne ou sabotage des installations; actes de terrorisme, dommages criminels ou menace de tels actes; contamination radioactive ou chimique ou rayonnements ionisants; effets d'éléments naturels, y compris de conditions géologiques n'ayant pas pu être prévues et combattues; et grève des employés d'une ampleur exceptionnelle.

133. Certaines lois comportent uniquement une référence générale aux empêchements exonératoires, alors que d'autres contiennent de longues listes de cas déchargeant les parties de l'exécution en vertu de l'accord de projet. Cette dernière méthode peut permettre d'assurer un traitement cohérent de la question pour tous les projets construits dans le cadre de la législation pertinente, ce qui évite ainsi les situations où un concessionnaire obtient une répartition des risques plus favorable que celle qui a été accordée dans le cadre d'autres accords de projet. Toutefois, il est important d'examiner les inconvénients

possibles de l'inclusion, dans les dispositions statutaires ou réglementaires, d'une liste de cas considérés comme des empêchements exonérateurs dans tous les cas de figure. Cette liste risque en effet d'être incomplète et de ne pas comprendre certains empêchements importants. En outre, certaines catastrophes naturelles telles que les orages, les cyclones ou les inondations, peuvent constituer des conditions normales à un certain moment de l'année sur le site du projet. Ces catastrophes naturelles peuvent donc représenter des risques que tout prestataire de services publics de la région serait tenu d'assumer.

134. Un autre aspect qui peut avoir à être soigneusement examiné est le fait de savoir si et dans quelle mesure certains actes des organismes publics autres que l'autorité contractante peuvent constituer des empêchements exonérateurs. Le concessionnaire peut être tenu, pour s'acquitter de certaines de ses obligations, d'obtenir une licence ou toute autre approbation officielle. L'accord de projet pourrait donc stipuler que, si la licence ou l'approbation est refusée ou si elle est accordée puis retirée ultérieurement en raison de l'incapacité du concessionnaire à respecter les critères requis pour la délivrance de la licence ou de l'approbation, le concessionnaire ne peut invoquer ce refus comme étant un empêchement exonérateur. En revanche, si la licence ou l'approbation est refusée ou retirée pour des motifs étrangers ou inappropriés, il serait équitable de stipuler que le concessionnaire peut invoquer ce refus comme étant un empêchement exonérateur. Une autre possibilité d'empêchement pourrait être une interruption du projet provoquée par un organisme public autre que l'autorité contractante qui exigerait, par exemple, en raison d'un changement des plans et des politiques du gouvernement, l'interruption ou une importante révision du projet modifiant considérablement sa conception initiale. Dans ce type de situation, il peut être important d'examiner la relation institutionnelle existant entre l'autorité contractante et l'organisme public qui provoque l'empêchement ainsi que leur degré d'interdépendance. Un événement classé comme empêchement exonérateur peut, dans certains cas, représenter une violation délibérée de l'accord de projet par l'autorité contractante selon que l'autorité contractante pouvait raisonnablement contrôler ou influencer les actes de l'autre organisme public.

b. Conséquences pour les parties

135. Pendant la phase de construction, la survenue d'empêchements exonérateurs justifie généralement de prolonger le temps accordé pour achever l'infrastructure. À cet égard, il importe d'examiner les incidences de tout prolongement de ce type sur la durée globale du projet, en particulier lorsque la phase de construction est prise en compte pour calculer la période de concession totale. Les retards dans l'achèvement de l'ouvrage raccourcissent la période d'exploitation et peuvent influencer négativement sur les estimations globales de recettes du concessionnaire et des prêteurs. Il est donc conseillé d'examiner dans quelles circonstances il peut être justifié de prolonger la période de concession de façon à prendre en compte les prolongations éventuelles survenant pendant la phase de construction. Enfin, il est conseillé de stipuler que, si l'événement en question est de nature permanente, les parties peuvent résilier l'accord de projet (voir également chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ____).

136. Une autre question importante est le fait de savoir si le concessionnaire aura droit à une compensation pour la perte de recettes ou les atteintes aux biens résultant de la survenue d'empêchements exonérateurs. La réponse à cette question est donnée par la répartition des risques prévue dans l'accord de projet. Sauf pour les cas dans lesquels les pouvoirs publics prévoient une forme quelconque d'appui direct, les projets d'infrastructure à financement privé sont généralement exécutés aux propres risques du concessionnaire, y compris le risque de pertes pouvant résulter de catastrophes naturelles

et d'autres empêchements exonérateurs, contre lequel le concessionnaire est généralement tenu de fournir une assurance adéquate (voir par. 57 et 58). Ainsi, certaines législations excluent expressément toute forme de compensation du concessionnaire en cas de perte ou dommage résultant de la survenue d'empêchements exonérateurs. Il ne s'ensuit pas nécessairement, cependant, qu'un événement qualifié d'empêchement exonérateur ne puisse pas, dans le même temps, justifier une révision des conditions de l'accord de projet de façon à rétablir son équilibre économique et financier (voir également par. 126 à 130).

137. Cependant, un type différent de répartition des risques est parfois envisagé pour les projets nécessitant la construction d'infrastructures détenues en permanence par l'autorité contractante ou d'infrastructures qui sont tenues d'être transférées à l'autorité contractante à la fin de la période de projet. Dans certains pays, l'autorité contractante est autorisée à prendre des dispositions lui permettant d'aider le concessionnaire à réparer ou à reconstruire des ouvrages d'infrastructure endommagés par des catastrophes naturelles ou des événements analogues définis dans l'accord de projet, à condition que la possibilité d'une telle assistance ait été envisagée dans la sollicitation de propositions. Parfois, l'autorité contractante est autorisée à verser une compensation au concessionnaire en cas d'interruption des travaux pendant plus d'un certain nombre de jours jusqu'à une durée maximale, si l'interruption est causée par un événement dont le concessionnaire n'est pas responsable.

138. Dans l'éventualité où le concessionnaire serait mis dans l'impossibilité d'exécuter les travaux en raison d'un tel empêchement et dans l'éventualité où les parties ne parviendraient pas à procéder à une révision acceptable du contrat, certaines lois nationales autorisent le concessionnaire à résilier l'accord de projet, sans préjudice de la compensation qui pourrait être due dans ces circonstances (voir chapitre VI, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ____).

139. Les dispositions statutaires et contractuelles relatives aux empêchements exonérateurs doivent également être examinées à la lumière des autres règles régissant l'offre du service concerné. La législation de certains pays exige que les prestataires de services publics fassent tout leur possible pour continuer à fournir le service malgré la survenue de circonstances définies comme empêchements contractuels (voir par. 86 et 87). Dans ces cas, il est conseillé d'examiner dans quelle mesure une telle obligation peut raisonnablement être imposée au concessionnaire et quelle compensation peut être due pour les coûts additionnels et difficultés auxquels ce dernier doit faire face.

6. Défaillances et recours

140. En règle générale, il existe un grand nombre de recours dont les parties peuvent convenir pour faire face aux conséquences d'une défaillance, recours pouvant aller jusqu'à la résiliation. Les paragraphes suivants examinent des considérations générales sur les défaillances et sur les recours dont peuvent se prévaloir l'une et l'autre parties (voir par. 141 et 142). Ils examinent l'incidence législative de certains types de recours destinés à rectifier les causes de la défaillance et à assurer la continuité du projet, en particulier l'intervention de l'autorité contractante (voir par. 143 à 146) ou la substitution du concessionnaire (voir par. 147 à 150). Le recours ultime consistant à résilier l'accord de projet et les conséquences de cette résiliation sont examinés ailleurs dans le Guide (voir chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ____).

a) Considérations générales sur les défaillances et sur les recours

141. Les recours, en cas de défaillance du concessionnaire, incluent généralement les recours habituels prévus dans les contrats de construction ou de services à long terme:

déchéance des garanties, sanctions contractuelles et dommages-intérêts spécifiés. Dans la plupart des cas, ces recours sont généralement contractuels par nature et ne donnent pas lieu à d'importantes considérations législatives. Néanmoins, il importe d'établir des procédures adéquates concernant la constatation et la correction des défaillances. Dans certains pays, pour imposer des sanctions contractuelles, il faut produire les résultats d'inspections officielles et mettre en œuvre d'autres procédures, y compris, avant l'imposition de sanctions plus sévères, l'examen par des fonctionnaires de rang supérieur de l'autorité contractante. Ces procédures peuvent être complétées par des dispositions établissant une distinction entre les vices qui peuvent être rectifiés et ceux qui ne peuvent pas l'être, et fixant les procédures et recours correspondants. Il est généralement conseillé d'exiger que le concessionnaire reçoive une notification le mettant en demeure de remédier au manquement dans un délai suffisant. Il peut également être conseillé d'envisager le versement de pénalités ou de dommages-intérêts spécifiés par le concessionnaire en cas d'inexécution d'obligations essentielles et de préciser qu'aucune sanction ne s'applique en cas d'inexécution d'obligations secondaires ou accessoires et pour lesquelles d'autres recours peuvent être obtenus en vertu de la législation nationale. De surcroît, un système de suivi des résultats prévoyant des sanctions ou des dommages-intérêts spécifiés peut être complété par un programme de bonus payables au concessionnaire dont les résultats iraient au-delà des conditions convenues.

142. Alors que l'autorité contractante peut se prémunir contre les conséquences d'une défaillance du concessionnaire par diverses dispositions contractuelles juridiquement protégées, les recours dont peut se prévaloir le concessionnaire peuvent être soumis à un certain nombre de restrictions en vertu du droit applicable. D'importantes restrictions peuvent découler de principes du droit accordant aux organismes publics l'immunité contre toute poursuite judiciaire ou mesure d'exécution. En fonction de la nature juridique de l'autorité contractante ou des organismes publics qui assument des obligations vis-à-vis du concessionnaire, ce dernier peut se voir refuser la possibilité de faire appliquer des mesures d'exécution pour faire respecter des obligations contractées par ces entités publiques (voir également chapitre VIII, "Règlement des différends", ____). Cette situation rend d'autant plus nécessaire de prévoir des mécanismes prémunissant le concessionnaire contre les conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante, par exemple au moyen de garanties publiques couvrant certaines défaillances ou de garanties offertes par des tierces parties telles que des institutions de prêt multilatérales (voir également chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 61 à 71).

b) Droits d'intervention de l'autorité contractante

143. Certaines législations nationales autorisent expressément l'autorité contractante à assumer temporairement l'exploitation de l'ouvrage, généralement en cas de défaillance du concessionnaire, en particulier lorsque l'autorité contractante est statutairement tenue d'assurer la livraison effective et permanente du service concerné. Dans certains systèmes juridiques, cette prérogative est considérée comme inhérente à la plupart des contrats publics et peut être présumée exister même lorsqu'elle n'est pas expressément mentionnée dans la législation ou dans l'accord de projet.

144. On notera que le droit qu'a l'autorité contractante d'intervenir, son "droit d'intervention", est une mesure extrême. Les investisseurs risquent en effet de craindre que l'autorité contractante ne l'utilise afin d'imposer ses propres vues sur la façon dont le service doit être fourni, voire pour prendre le contrôle des actifs du projet. Il est donc conseillé de définir aussi clairement que possible les circonstances dans lesquelles ces droits d'intervention peuvent être exercés. Il importe de limiter le droit de l'autorité

contractante à intervenir aux cas de dysfonctionnement grave du service et pas uniquement en cas d'insatisfaction vis-à-vis des résultats du concessionnaire. Il peut être utile de préciser dans la législation que l'intervention de l'autorité contractante dans le projet est temporaire et est destinée à remédier à un problème spécifique urgent auquel le concessionnaire n'a pas été en mesure de remédier. Le concessionnaire devrait assumer de nouveau la responsabilité de la prestation du service une fois la situation d'urgence résolue.

145. L'aptitude de l'autorité contractante à intervenir peut être limitée par le fait qu'il peut être difficile de trouver et d'engager immédiatement un sous-traitant capable de mettre en œuvre les activités ayant motivé l'intervention de l'autorité contractante. De surcroît, en intervenant fréquemment, l'autorité contractante peut avoir à assumer de nouveau des risques qui avaient été transférés, dans l'accord de projet, au concessionnaire. Le concessionnaire ne devrait pas escompter que l'autorité contractante intervienne pour faire face à un risque particulier au lieu de l'assumer lui-même, comme l'exige l'accord de projet.

146. Il est conseillé de préciser, dans l'accord de projet, quelle partie supporte le coût d'une intervention de l'autorité contractante. Dans la plupart des cas, le concessionnaire devrait supporter les coûts encourus par l'autorité contractante lorsque l'intervention est due à une défaillance imputable à la propre faute du concessionnaire. Dans certains cas, pour prévenir des différends quant à la responsabilité et au niveau approprié des coûts, l'accord peut autoriser l'autorité contractante à intervenir pour remédier au problème elle-même, puis à facturer le coût réel de cette intervention (y compris ses propres dépenses administratives) au concessionnaire. Lorsque, cependant, cette intervention a lieu suite à la survenue d'un empêchement exonératoire (voir par. 131 à 139), les parties peuvent convenir d'une solution différente, en fonction de la façon dont ce risque particulier a été réparti dans l'accord de projet.

c) Droits d'intervention des prêteurs et transfert obligatoire de la concession

147. Pendant la durée du projet, il peut se produire des situations où, en raison d'une défaillance du concessionnaire ou de la survenue d'un événement extraordinaire échappant au contrôle du concessionnaire, il pourrait être de l'intérêt des parties d'écarter une résiliation du projet (voir chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ___) en permettant au projet de continuer sous la responsabilité d'un concessionnaire différent. Les prêteurs, dont la principale garantie est liée aux recettes tirées du projet, sont particulièrement préoccupés par le risque d'interruption ou de résiliation du projet avant que les prêts ne soient remboursés. En cas de défaillance ou d'empêchement du concessionnaire, les prêteurs auront intérêt à faire en sorte que les travaux ne soient pas laissés inachevés et que la concession soit exploitée de façon rentable. L'autorité contractante peut également avoir intérêt à ce que le projet soit poursuivi par un nouveau concessionnaire, pour ne pas avoir à intervenir et à le poursuivre sous sa propre responsabilité.

148. Des clauses permettant aux prêteurs de sélectionner, avec l'approbation de l'autorité contractante, un nouveau concessionnaire pour exécuter le projet dans le cadre de l'accord de projet existant ont été incluses dans plusieurs accords récents portant sur d'importants projets d'infrastructure. Ces clauses sont généralement complétées par un accord direct entre l'autorité contractante et les prêteurs qui accordent des financements au concessionnaire. Ce type d'accord direct a principalement pour objectif de permettre aux prêteurs d'écarter une résiliation par l'autorité contractante lorsque le concessionnaire fait défaut en substituant un concessionnaire qui continuera d'exécuter le projet dans le cadre de l'accord de projet en lieu et place du concessionnaire défaillant. À la différence du droit

d'intervention de l'autorité contractante, qui a trait à un dysfonctionnement spécifique, temporaire et grave du service, le droit d'intervention des prêteurs s'applique aux cas où l'incapacité du concessionnaire à fournir le service est récurrente ou peut raisonnablement être considérée comme irrémédiable. Les pays qui ont récemment recouru à de tels accords directs ont estimé que la possibilité d'écarter une résiliation et de proposer un autre concessionnaire donne aux prêteurs une garantie supplémentaire contre une éventuelle défaillance du concessionnaire. Dans le même temps, elle permet à l'autorité contractante d'éviter l'interruption résultant d'une résiliation de l'accord de projet et d'assurer ainsi la continuité du service.

149. Dans certains pays, cependant, l'application de ces clauses peut rencontrer des difficultés en l'absence d'autorisation législative. L'incapacité du concessionnaire à s'acquitter de ses obligations est généralement invoquée par l'autorité contractante pour reprendre l'exploitation de l'ouvrage ou résilier l'accord (voir chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", ____). Pour sélectionner un nouveau concessionnaire qui succédera au concessionnaire défaillant, l'autorité contractante doit souvent suivre les mêmes procédures que pour la sélection du concessionnaire initial, et il peut ne pas être possible pour l'autorité contractante de s'entendre, en consultation avec les prêteurs, sur l'engagement d'un concessionnaire qui n'aurait pas été sélectionné conformément à ces procédures. D'autre part, même lorsque l'autorité contractante est autorisée, en cas d'urgence, à négocier avec un nouveau concessionnaire, un nouvel accord de projet peut devoir être conclu avec le nouveau concessionnaire. Or, il se peut que ce dernier ne soit pas à même d'assumer toutes les obligations de son prédécesseur.

150. Il peut donc être utile, dans la législation, de reconnaître à l'autorité contractante le droit de conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec l'assentiment de ladite autorité, d'un nouveau concessionnaire chargé d'exécuter l'accord de projet existant dans l'éventualité où le concessionnaire ferait gravement défaut à son obligation de fournir le service requis en vertu de l'accord de projet, ou en cas de survenue d'autres événements spécifiés qui pourraient justifier la résiliation de l'accord de projet. L'accord entre l'autorité contractante et les prêteurs devrait notamment préciser les points suivants: les circonstances dans lesquelles les prêteurs seraient autorisés à substituer un nouveau concessionnaire; les procédures de substitution du concessionnaire; les motifs de refus par l'autorité contractante d'un substitut proposé; et l'obligation qu'auraient les prêteurs d'assurer le service au niveau et dans les conditions stipulées dans l'accord de projet.

Notes

¹ Pour une analyse des méthodes et solutions possibles utilisées dans les contrats de construction pour les travaux industriels complexes, 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. XXIII, "Clauses de modification".

² Le texte des Règles uniformes pour les "contrats bonds" est reproduit dans le document A/AC.9/459/Add.1.

³ Pour une analyse des recours utilisés dans les contrats de construction pour les travaux industriels complexes, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement des contrats internationaux de constructions d'installations industrielles* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10), chap. XVII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution".