



Assemblée générale

Distr. GENERALE

A/CN.9/414
3 mars 1995

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Vingt-huitième session
Vienne, 2-26 mai 1995

TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

Projets de construction-exploitation-transfert

Note du Secrétariat

TABLE DES MATIERES

| | <u>Paragraphes</u> | <u>Page</u> |
|--|--------------------|-------------|
| INTRODUCTION | 1 - 2 | 2 |
| <u>Chapitres</u> | | |
| I. LE CONCEPT "CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT" | 3 - 10 | 2 |
| II. PROBLEMES JURIDIQUES LIES A L'EXECUTION DE PROJETS CET | 11 - 46 | 4 |
| A. Insuffisances du cadre juridique | 14 - 23 | 5 |
| B. Aspects liés à la passation des marchés | 24 - 35 | 7 |
| C. Complexité des arrangements contractuels | 36 - 46 | 11 |
| III. CONCLUSION | 47 - 51 | 13 |

INTRODUCTION

1. Lors du Congrès sur le droit commercial international, tenu à New York en mai 1992 dans le cadre de la vingt-cinquième session de la Commission, il a été proposé que cette dernière envisage d'entreprendre des travaux concernant le mécanisme de financement des projets "construction, exploitation, transfert" (ci-après dénommés "CET"). Par la suite, à sa vingt-sixième session, la Commission a été saisie d'une note sur les travaux futurs possibles (A/CN.9/378), dans laquelle le Secrétariat l'informait qu'il suivait l'évolution des travaux de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) concernant l'établissement de directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion de contrats relatifs aux projets CET. Lors de la vingt-septième session de la Commission, le Secrétariat a présenté une note informant la Commission des progrès des travaux relatifs aux Directives de l'ONUDI (A/CN.9/399) et proposant des domaines dans lesquels la Commission pourrait envisager d'entreprendre des travaux. La Commission a souligné l'importance du mécanisme CET et a prié le Secrétariat de lui soumettre à sa vingt-huitième session une note sur les travaux futurs possibles concernant les projets CET.

2. L'élaboration des Directives par l'ONUDI est maintenant à un stade avancé. On compte que le texte définitif sera publié en avril 1995. Le secrétariat de la CNUDCI a suivi avec attention les travaux en la matière, notamment les aspects se rattachant aux travaux futurs possibles de la Commission. Les Directives visent essentiellement à décrire les principales questions dont les Etats devraient tenir compte avant de décider d'entreprendre des projets CET. Elles s'ouvrent sur un chapitre présentant le concept CET, qui traite également des diverses considérations que devrait garder présentes à l'esprit un gouvernement avant d'entreprendre un projet CET; les chapitres suivants traitent des principales questions qui se posent à propos des projets CET, telles que le rôle du gouvernement, l'analyse financière, l'exploitation et la maintenance et le transfert de propriété. Comme les Directives traitent de l'ensemble de la question du CET, elles n'abordent pas en détail les questions examinées dans la présente note (voir également, ci-après par. 51).

I. LE CONCEPT "CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT"

3. Sous sa forme la plus élémentaire, le CET est une forme de financement de projets dans le cadre duquel un Etat octroie une concession temporaire à un consortium privé (ci-après dénommé "la société chargée du projet") pour l'exécution d'un projet; la société chargée du projet construit, exploite et gère le projet pendant un certain nombre d'années, se rembourse de ses frais de construction et dégage des bénéfices grâce à l'exploitation commerciale du projet. Lorsque la concession prend fin, le projet est transféré à l'Etat. Bien que le terme générique utilisé pour désigner ce type de projet soit "construction-exploitation-transfert", d'autres termes sont utilisés à cette fin : "construction-possession-exploitation-transfert", "construction-possession-location-transfert" et "construction-location-transfert". Ces différents termes dénotent la diversité structurelle de ces projets, mais tous ces concepts se fondent sur le même aspect essentiel : il s'agit d'un mécanisme par lequel un Etat accorde une concession pour un projet devant être réalisé et exploité au moyen d'un financement privé.

4. Dans le cadre de cet arrangement, le remboursement de tout emprunt effectué pour exécuter le projet n'est en général pas garanti par le gouvernement du pays hôte, mais dépend des recettes tirées du projet. A la différence des structures traditionnelles de financement des projets, dans lesquelles le propriétaire (le gouvernement) garantit le remboursement des fonds empruntés, le mécanisme CET prévoit que la société chargée du projet doit donner aux financiers du projet des garanties quant au remboursement des fonds empruntés. Les prêts sont consentis sur la base des recettes prévues du projet. Le pays hôte tire divers avantages de ce mécanisme : puisque le budget de l'Etat n'a pas à être mis directement à contribution, les pressions sont moindres sur la dette publique. Un financement du secteur privé permet en outre généralement de transférer à ce secteur les risques financiers, industriels et autres. Enfin, puisque le projet est exécuté et, durant la période de concession, exploité par la société chargée du projet, le pays hôte profite des compétences du secteur privé en matière d'exploitation et de gestion de tels projets.

5. Traditionnellement, les contrats relatifs à des projets d'infrastructure et à d'autres travaux de construction disposent que le propriétaire prend en charge l'installation lorsque sa construction est achevée conformément au contrat. Le financement est organisé par le propriétaire, qui paie les entrepreneurs, soit en empruntant, soit en faisant appel à ses propres ressources. Dans ces contrats, l'entrepreneur a pour charge essentielle de construire et d'équiper l'installation prévue, alors que la viabilité et la rentabilité économiques du projet sont la préoccupation du propriétaire. Dans un projet CET, par contre, la société chargée du projet doit non seulement organiser le financement, mais aussi faire en sorte que le projet soit rentable. Elle est donc intéressée à la faisabilité et à la conception de l'installation et doit veiller à ce que les conditions juridiques et commerciales requises pour la construction et l'exploitation de l'installation dans de bonnes conditions de rentabilité soient réunies et restent pour l'essentiel inchangées durant la période de concession.

6. Deux éléments peuvent exiger des négociations longues et souvent complexes : le financement et les arrangements contractuels. Pour ce qui est du financement, le principal problème tient au fait que, faute de garanties de l'Etat, la société chargée du projet et les prêteurs doivent déterminer comment couvrir les risques connexes, notamment par un mécanisme d'assurance et diverses autres formes de garanties. Les mécanismes de répartition des risques dans le cadre de projets CET peuvent donc être très complexes.

7. Pour ce qui est des arrangements contractuels, certains des problèmes tiennent au fait qu'un projet CET fait normalement appel à un grand nombre de parties liées entre elles par des contrats. Outre le pays hôte et la société chargée du projet, il y a en général également les prêteurs, la société de construction et les fournisseurs d'équipements, des investisseurs indépendants et les acheteurs ou utilisateurs finals du produit du projet. Dans la plupart des cas, la société chargée du projet est elle-même un consortium rassemblant des sociétés de construction, des fournisseurs d'équipement et d'autres investisseurs privés et l'exploitant du projet. Des investisseurs institutionnels et agences multilatérales de développement peuvent également y participer en contribuant au financement.

8. En raison de ces différents aspects novateurs qui doivent être pris en compte pour le succès d'un projet CET, l'appui du gouvernement du pays hôte revêt une importance particulière. Non seulement le pays hôte doit autoriser

le projet, mais il devient en fin de compte le propriétaire de l'installation. Il doit surveiller l'application de l'accord de concession et peut, dans certains cas, prendre en charge une partie de la dette ou prendre une participation. Afin que le secteur privé puisse participer sur une longue durée à de tels projets, le gouvernement du pays hôte doit veiller à assurer une situation politique stable et un cadre juridique propice aux investissements privés à long terme. A cette fin, il lui faut mettre en place un cadre juridique pour les investissements privés et les mécanismes administratifs requis pour permettre en temps voulu la délivrance, dans des conditions d'équité et d'objectivité des autorisations, permis ou licences nécessaires.

9. En raison d'un certain nombre de facteurs, notamment les avantages mentionnés ci-dessus (par. 4), on constate une augmentation sensible, dans beaucoup d'Etats, du nombre de projets CET. Ce surcroît d'intérêt pour des projets CET tient essentiellement à la possibilité qu'ils offrent de mobiliser des ressources du secteur privé pour le développement des infrastructures sans alourdir la dette publique. Cela est particulièrement important de nos jours, alors que l'on constate dans le monde entier un développement de la privatisation de diverses activités auparavant réservées au secteur public, ainsi qu'une diminution de l'offre de fonds publics pour le développement des infrastructures. Parmi les autres avantages du CET, on notera une participation accrue du secteur privé à la gestion des infrastructures publiques, un élargissement des perspectives en matière d'investissements étrangers directs et la possibilité pour les gouvernements d'utiliser les installations CET comme étalon pour évaluer des projets similaires dans le secteur privé.

10. Un grand nombre des projets CET déjà exécutés portaient sur des infrastructures importantes, notamment dans les domaines de la production d'électricité et des transports (routes à péage, ponts et chemins de fer). Toutefois, plus on prend conscience des perspectives qu'offre le CET, plus on tend à proposer la réalisation de projets de petites ou moyennes dimensions, par exemple, installations de traitement des eaux, hôtels et installations médicales.

II. PROBLEMES JURIDIQUES LIES A L'EXECUTION DE PROJETS CET

11. Malgré les avantages mentionnés ci-dessus et les perspectives qu'offrent les projets CET, divers obstacles juridiques et pratiques peuvent compliquer leur réalisation. Les problèmes juridiques peuvent être liés à l'absence d'un cadre juridique et réglementaire approprié, susceptible de favoriser une participation à long terme du secteur privé à l'exécution de tels projets. Comme les investisseurs et financiers privés supportent la plupart des risques liés à la réalisation du projet, ils souhaitent vivement qu'il existe une structure juridique permettant d'escompter une bonne rémunération des investissements et de faire appliquer les obligations contractées par les diverses parties.

12. D'autres problèmes peuvent se poser, par exemple dans le domaine de la passation des marchés. La pratique normale, dans les projets traditionnels, consiste pour l'Etat à solliciter des offres sur la base d'un projet bien défini, compte tenu des spécifications prédéterminées. Dans le cadre du mécanisme CET, l'appel d'offres peut précéder tout travail de conception. Dans la mesure où on ne disposera pas de directives claires sur la base

desquelles évaluer les offres ou les propositions qui, selon toute probabilité, présenteront diverses solutions à tel ou tel problème, le processus d'appel d'offres sera sans doute long et coûteux, ce qui risque d'en compromettre l'intégrité. Le gouvernement devra également définir clairement la manière dont il traitera les propositions non sollicitées car, dans de nombreux cas, le secteur privé est encouragé à prendre l'initiative pour ce qui est de l'identification des projets.

13. Un autre obstacle à l'exécution de projets CET tient au fait que les pouvoirs publics notamment ont une expérience limitée des négociations simultanées avec de nombreuses parties, dont un grand nombre auront entre elles des liens contractuels. Bien que la plupart des contrats conclus pour exécuter des projets CET ne posent pas en fait de problèmes nouveaux, le contexte présente certaines difficultés, en ce sens que tous les divers contrats doivent s'inscrire dans un ensemble contractuel composite.

A. Insuffisances du cadre juridique

14. Comme il a été noté plus haut (par. 10), le concept CET a été jusqu'ici essentiellement mis en pratique pour l'exécution de grands projets d'infrastructure, supposant des apports d'argent importants d'investisseurs privés. L'essentiel des fonds utilisés pour exécuter de tels projets provient en général d'emprunts auprès de banques commerciales et autres institutions financières. Toutefois, le remboursement des emprunts et la rémunération des investisseurs s'effectuent sur une longue période. Les prêteurs et les investisseurs escomptent donc que le gouvernement du pays hôte manifeste clairement son intention d'encourager les investissements privés à long terme et de protéger ces investissements de toutes mesures d'expropriation ou de nationalisation sans dédommagement équitable.

15. Le gouvernement du pays hôte peut notamment manifester une telle intention en offrant un cadre juridique solide qui encouragera les investissements privés et assurera le recouvrement de la rémunération de ces investissements. Il s'agira essentiellement d'une législation régissant les investissements et d'autres questions commerciales en général, qui ne sera pas nécessairement axée expressément sur les projets CET. La présence d'une telle législation non seulement donne confiance aux investisseurs privés désireux de participer à un projet CET, mais facilite également le processus de négociation des projets. En effet, faute d'une telle législation, les parties à un contrat CET insisteront normalement pour que soit négociées et traitées dans divers contrats certaines questions et garanties qui seraient normalement régies par la législation, ce qui risque de compliquer encore le processus de négociation.

16. Cette législation générale, applicable dans une certaine mesure aux projets CET, se répartit entre deux catégories. La première catégorie englobe les lois axées essentiellement sur la promotion des investissements étrangers privés. Les dispositions présentant un intérêt particulier pour les promoteurs de projets CET et leurs prêteurs porteront notamment sur la propriété privée des terrains et d'autres avoirs, sur le rapatriement des bénéfices et sur la convertibilité en devises. La seconde catégorie englobe la législation commerciale générale du pays hôte, notamment la législation sur l'enregistrement ou la formation d'entreprises commerciales, la législation sur les garanties, ainsi qu'un cadre libéral régissant les contrats commerciaux et les procédures de règlement des litiges. Une telle législation

offre aux participants à un projet CET une base juridique solide pour leurs investissements et contribue donc à réduire les risques liés à l'investissement et, de ce fait, à diminuer le coût du projet.

17. Dans certains des domaines législatifs mentionnés ci-dessus, il existe des textes juridiques harmonisés que les Etats pourront envisager d'adopter, notamment des textes établis par la Commission. Il s'agit en particulier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services.

18. Outre cette législation générale, il peut être nécessaire, dans de nombreux cas, de prévoir une législation relative à l'application de certains aspects des projets CET. Une législation axée expressément sur de tels projets non seulement constitue pour les investisseurs potentiels une manifestation claire de l'intérêt du gouvernement pour ces projets, mais permet et facilite également la participation du secteur privé à des projets du secteur public. Par exemple, dans la plupart des Etats, les infrastructures publiques sont traditionnellement financées et gérées dans une large mesure par des institutions du secteur public, généralement en situation de monopole. Dans la plupart de ces cas, il peut être nécessaire d'instaurer un cadre législatif permettant une participation du secteur privé et, en particulier, autorisant à faire payer le public pour l'utilisation de l'installation à construire ou pour le produit de cette installation. Dans certains Etats, il faudra sans doute mettre en place un cadre réglementaire autorisant de telles concessions.

19. Les approches législatives diffèrent parmi les Etats ayant adopté des lois relatives aux projets CET. Dans certains Etats, la législation ne régit que la réalisation de tels projets dans un secteur particulier, par exemple la production d'énergie. En général, elle comporte des dispositions sur les points suivants : domaines du secteur réglementé pouvant faire l'objet de projets CET; ampleur de la participation des pouvoirs publics, y compris ce que les pouvoirs publics peuvent accorder à la société chargée du projet (par exemple, droits fonciers); délivrance des approbations; et autorisations en matière de recouvrement des bénéficiaires, y compris peut-être des calculs détaillés relatifs aux prix et tarifs que pourra demander la société pour la vente du produit final du projet. Cette législation peut également comporter des dispositions particulières relatives à la manière dont seront passés les marchés pour les projets.

20. D'autres Etats ont adopté des lois régissant l'exécution des projets CET en général. De telles lois ne sont normalement pas aussi détaillées que celles qui régissent tel ou tel secteur et elles diffèrent d'un Etat à l'autre. Elles se fondent toutefois sur deux grandes approches. Selon l'une d'entre elles, la législation n'énonce que des paramètres généraux, sur la base desquels les pouvoirs publics peuvent négocier des contrats CET. Cette solution présente l'avantage de permettre de négocier les contrats avec souplesse, compte tenu des circonstances particulières à chaque projet. Une telle législation comporte en général des dispositions sur les points suivants : autorisation d'octroyer des concessions au secteur privé pour des projets CET; indication des secteurs dans lesquels des projets CET peuvent être entrepris; et règles générales relatives au mode de financement et aux incitations pouvant être accordées aux entités désireuses d'exécuter des

projets CET, y compris diverses formes d'abattements fiscaux. Elle peut également comporter des dispositions sur la passation des marchés, y compris les méthodes de sollicitation et d'évaluation des offres ou des propositions.

21. L'autre approche législative consiste à énoncer des dispositions relativement approfondies sur la manière dont un projet CET peut être mis en oeuvre, les parties n'ayant alors à négocier que les conditions détaillées relatives à chaque projet. En général, une telle législation comporte des dispositions définissant l'essentiel des obligations contractuelles liées à la réalisation du projet, y compris des dispositions sur des questions telles que le délai maximum pour lequel une concession peut être octroyée ou l'ampleur d'une participation éventuelle des pouvoirs publics, des règles détaillées sur la passation des marchés, le mode de remboursement de la dette et le rapatriement des bénéficiaires et les conditions d'exploitation et de transfert du projet.

22. Ces divergences quant aux approches législatives et au champ d'application des lois sont sans doute un révélateur du fait qu'en général, on s'est avant tout attaché à traiter des problèmes au fur et à mesure qu'ils apparaissent, au lieu d'adopter une approche globale consistant à traiter dans la législation de toutes les questions pouvant se poser lors de la réalisation de projets CET. Cela est particulièrement vrai des législations ne visant que les projets CET dans un secteur particulier. Certes, il est sans doute plus facile d'appliquer de telles lois relatives à un secteur pour lequel sont prévus ou envisagés des projets CET et pour lequel les problèmes peuvent être clairement définis, mais il faudra alors envisager une nouvelle législation si des projets CET sont prévus pour d'autres secteurs. De ce fait, il semble préférable d'adopter une législation générale relative au CET et, si certaines questions particulières à un secteur exigent une législation propre aux projets CET, on pourra alors adopter des règlements adaptés à ces questions.

23. Dans les législations générales relatives aux projets CET, il peut être préférable d'envisager de traiter du plus grand nombre de questions possible pouvant faire l'objet d'un traitement législatif. Cela revêt une importance particulière dans les cas où l'infrastructure juridique ne traite pas de ces questions de manière approfondie. Une telle approche présente l'avantage d'offrir aux parties des paramètres généraux sur la base desquels elles négocieront les détails contractuels de chaque projet. Mais il faut toutefois garder à l'esprit la nécessité de donner aux parties négociant les contrats une certaine latitude, afin de leur permettre de tenir compte des circonstances particulières à tel ou tel projet.

B. Aspects liés à la passation des marchés

24. Les dépenses liées à la passation des marchés de biens, de travaux et de services, lorsqu'il s'agit d'infrastructures importantes, peuvent être très élevées. En outre, la plupart des projets tendent à être relativement complexes d'un point de vue technique et supposent un montage financier délicat. De ce fait, la méthode de passation des marchés revêt une importance essentielle si l'on veut que le projet soit économiquement viable, de bonne qualité et d'un coût raisonnable. Toutefois, en raison d'un certain nombre de facteurs propres aux projets CET, il est plus difficile d'assurer l'efficacité du processus de passation des marchés, ce qui peut mettre en cause la réalisation des projets.

25. En raison des dimensions de la plupart des projets, il peut être difficile et coûteux de préparer des offres de CET. La plupart des promoteurs potentiels préféreront donc ne pas participer au processus de passation des marchés, à moins qu'ils ne soient convaincus que ce processus sera équitable et transparent. Dans le même temps, en fonction de l'importance du projet, les pouvoirs publics voudront normalement veiller à obtenir le projet le plus économiquement viable, aux meilleures conditions possibles, objectif qu'ils ont le plus de chances de réaliser en engageant un processus de passation des marchés ouvert, équitable et concurrentiel, qui incitera les promoteurs potentiels à faire les offres les meilleures possibles.

26. Dans le cas des marchés de travaux typiques normalement, les pouvoirs publics identifient le projet, lancent un appel d'offres sur la base de spécifications relativement bien définies et évaluent les offres en fonction de critères établis et publiés. Toutefois, dans les projets CET, ils voudront tirer le meilleur parti des apports novateurs du secteur privé en matière de conception et de gestion du projet et, de ce fait, ils ne seront dans la plupart des cas pas à même de rédiger un ensemble de spécifications qui puisse servir de base à l'évaluation des offres ou des propositions. En outre, même lorsqu'il est possible de définir les paramètres du projet, les soumissionnaires potentiels pourront proposer des solutions techniques autres que celles envisagées par les pouvoirs publics. De plus, puisque c'est la société chargée du projet qui organise le financement, elle aura également intérêt à ce que le projet soit rentable et voudra donc participer à sa conception. Il peut donc être difficile d'organiser un appel d'offres ouvert, sur la base de spécifications similaires et prédéterminées.

27. Les pouvoirs publics pourront donc souhaiter négocier avec des entrepreneurs, plutôt que de lancer un appel d'offres, afin d'obtenir les meilleures conditions possibles. Toutefois, ils ne seront pas toujours à même d'élaborer les directives voulues, sur lesquelles doivent se fonder les négociations. De ce fait, le processus de négociation peut être particulièrement long, mettant parfois en jeu plusieurs entrepreneurs simultanément, ce qui augmente les risques d'abus et peut porter atteinte à l'intégrité du processus de passation des marchés. Aussi est-il important que les pouvoirs publics établissent des directives claires et transparentes pour la passation des marchés, fondées sur une méthode compétitive, transparente et objective, et évitent toute négociation non structurée. L'entité adjudicatrice devrait également disposer d'un système bien défini permettant de comparer et d'évaluer les offres ou les propositions dont la conception et les spécifications techniques peuvent être sensiblement différentes.

28. Un autre facteur vient compliquer encore le processus de passation des marchés : il n'est pas toujours facile de déterminer dans quelle mesure le coût du projet devrait être un critère pour l'évaluation des offres par les pouvoirs publics, car ceux-ci n'assurent pas le financement. Dans une certaine mesure, les financiers et exploitants du projet sont davantage intéressés à ce que le projet ait un coût raisonnable. Mais, puisqu'ils seront les propriétaires ultimes du projet et que le coût du projet aura des incidences sur les droits ou tarifs imposés aux utilisateurs finals, les pouvoirs publics voudront veiller à ce que le projet soit bien conçu et que les coûts soient raisonnables. Ceci, associé au fait que l'entité adjudicatrice n'est pas toujours à même d'élaborer un ensemble unique de spécifications, a en général pour conséquence l'organisation de négociations, sous une forme ou une autre, dans le cadre du processus de passation des marchés.

29. Le processus de passation des marchés pour les projets CET diffère aussi substantiellement du processus traditionnel dans un autre domaine : celui du financement. Le montage financier est normalement l'aspect le plus complexe et en général le plus important d'un projet CET. Les prêteurs potentiels devront être assurés de disposer d'une source de revenus sûre, afin de couvrir la dette et les frais d'exploitation du projet et d'assurer une rémunération équitable aux investisseurs. Outre les conditions visant à assurer la viabilité économique du projet, les mécanismes de garantie ayant pour objet de couvrir et répartir les risques font partie intégrante du montage financier.

30. Bien que le montage financier relève de la société chargée du projet, les pouvoirs publics ont intérêt à veiller à ce que ce montage soit attrayant, car il a des incidences sur la viabilité économique générale du projet. Dans de nombreux cas, les pouvoirs publics s'efforceront donc de faire de la qualité du montage financier un des critères d'évaluation. Toutefois, dans le cadre du processus de passation des marchés, l'importance du montage financier pour le gouvernement, en tant que critère d'évaluation, n'apparaît pas toujours clairement, car il n'offre pas de garantie de remboursement des emprunts. En outre, en raison des fluctuations fréquentes de conditions offertes sur les marchés financiers, la plupart des prêteurs ne sont pas à même de garantir des conditions financières particulières sur une longue période sans un contrat contraignant. Toutefois, en tant que propriétaire ultime du projet, le gouvernement doit protéger ses intérêts en s'assurant de la viabilité à long terme du projet.

31. Pour ce qui est de la phase opérationnelle du projet, dans la plupart des cas, l'exploitant de l'installation appartiendra à la société chargée du projet. Dans certains cas, toutefois, la société peut conclure un contrat d'exploitation avec un exploitant indépendant. Pour ce qui est du processus de passation des marchés, cela ne doit pas nécessairement poser un problème aux pouvoirs publics. En effet, ceux-ci ont intérêt à faire en sorte que les conditions liées à la phase opérationnelle, par exemple pour ce qui est du transfert de technologie et de la maintenance, soient aussi favorables que possible et ces conditions peuvent être clairement définies et quantifiées à l'avance et prises en compte en tant que critères d'évaluation. Toutefois, si l'on veut s'efforcer d'obtenir les conditions les plus favorables, il faut en général en passer par des négociations qui, non seulement allongent la durée du processus de passation des marchés, mais peuvent également conduire à des abus.

32. Un autre problème se pose à propos de la passation des marchés pour les projets CET : celui des propositions non sollicitées. A la différence des projets de construction typiques, pour lesquels les pouvoirs publics recensent et fixent les paramètres, la pratique, dans le contexte des projets CET, veut en général que l'on incite le secteur privé à proposer divers projets possibles. Cela est avantageux pour les pouvoirs publics car le secteur privé est ainsi encouragé à faire preuve d'innovation et à offrir un financement dans des domaines dans lesquels le gouvernement ne serait sans doute pas à même d'entreprendre des travaux au moyen de ses seules ressources. La possibilité de présenter des propositions non sollicitées présente également un avantage pour le secteur privé, car il n'est alors pas tenu d'attendre que les pouvoirs publics élaborent des projets éventuels. Toutefois, du point de vue de la passation des marchés, les propositions non sollicitées retirent aux pouvoirs publics les avantages qu'ils peuvent tirer d'une mise en concurrence, car les auteurs de telles propositions sont essentiellement motivés par le fait qu'ils comptent bien se voir octroyer le projet. Les pouvoirs publics se

trouvent donc face à un dilemme : comment offrir des incitations appropriées afin d'encourager des propositions non sollicitées, tout en assurant un degré approprié de concurrence dans le cadre du processus de passation des marchés ?

33. L'un des moyens de faire face aux nombreux problèmes que pose le processus de passation des marchés pour les projets CET consiste à mettre en place une législation moderne des marchés, favorisant les objectifs de la concurrence, de l'équité et de l'intégrité, tout en maximisant l'économie et l'efficacité. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services offre un modèle internationalement accepté en la matière. La Loi type énonce les procédures à suivre dans le cadre d'un certain nombre de méthodes de passation des marchés qui donnent à l'entité adjudicatrice la possibilité de choisir des fournisseurs et entrepreneurs dans diverses circonstances, en fonction de ses besoins particuliers. Certaines de ces méthodes et procédures de passation des marchés peuvent être utilisées dans un contexte CET. Par exemple, l'appel d'offres en deux étapes et la sollicitation de propositions sont des méthodes permettant de solliciter des offres ou propositions différentes.

34. Dans l'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice, durant la première étape, ne sollicite des offres qu'afin de mettre au point les spécifications techniques et les spécifications de qualité pour un projet donné. L'entité adjudicatrice peut alors négocier avec les entrepreneurs ayant soumis des offres, afin d'arriver à un ensemble unique de spécifications. Durant la deuxième étape, l'entité adjudicatrice invite les soumissionnaires à présenter des offres sur la base de cet ensemble unique de spécifications. L'autre méthode adaptée aux projets CET est la sollicitation de propositions, qui permet de solliciter diverses propositions techniques tout en offrant une structure permettant une comparaison et une évaluation objectives. Selon cette méthode, l'entité adjudicatrice sollicite des propositions susceptibles de répondre au mieux à ses besoins et négocie avec les entrepreneurs ayant soumis des propositions, après quoi ces derniers peuvent soumettre leur meilleure offre définitive. L'entité adjudicatrice évalue alors les propositions sur la base de critères publiés et attribue le marché à l'auteur de la proposition répondant le mieux à ses besoins.

35. Toutefois, afin de les aider à traiter certains problèmes propres aux CET, il serait bon de donner aux pouvoirs publics des conseils sur le mode d'organisation du processus de passation des marchés, de manière à promouvoir la concurrence, l'équité et l'intégrité. Ces conseils tiendraient compte de certains des aspects particuliers des projets CET, et notamment de la difficulté que peut avoir l'entité adjudicatrice à établir une base de comparaison des différents aspects des offres ou propositions, tout en encourageant les innovations de la part du secteur privé. Il serait particulièrement utile de proposer des solutions pratiques, permettant d'éviter des négociations non structurées avec de multiples parties, problème pouvant conduire à des abus et à une perte de confiance de la part des entrepreneurs. Pour ce qui est des propositions non sollicitées, il serait utile de donner des conseils sur les manières possibles de trouver un équilibre entre les avantages que peuvent offrir des propositions émanant du secteur privé d'une part et les avantages d'un processus de passation des marchés concurrentiel d'autre part.

C. Complexité des arrangements contractuels

36. Les projets CET diffèrent substantiellement des projets de construction traditionnels en ce qui concerne également les arrangements contractuels. Dans les projets traditionnels auxquels participent les pouvoirs publics, ceux-ci sont la partie principale aux contrats d'exécution du projet, du point de vue du pays hôte. Les contrats de financement avec les prêteurs et le contrat de construction avec l'entrepreneur sont les contrats principaux. De ce fait, normalement, les principales parties aux contrats d'exécution de tels projets sont les pouvoirs publics, les prêteurs et l'entrepreneur. Dans la plupart des cas, tout arrangement financier que doivent conclure les pouvoirs publics est juridiquement distinct du contrat de construction, qui prend fin dès l'achèvement du projet. Le remboursement du financement peut être effectué sur une longue période, mais n'est en général pas fonction de la rentabilité éventuelle de l'installation.

37. Par contraste, la caractéristique principale des projets CET est le grand nombre de parties chargées de la réalisation, beaucoup de ces parties étant liées entre elles par contrat. En outre, la plupart de ces relations contractuelles s'étendent sur une longue durée. Les contrats principaux, dans le cadre d'un projet CET typique, sont notamment l'accord relatif au projet, l'accord de coentreprise ou de consortium, le contrat de construction, le contrat de fourniture des équipements, le contrat d'exploitation et de maintenance et les contrats relatifs au montage financier, y compris les contrats d'assurance et autres arrangements de garantie. Les négociations requises pour mettre en place cette structure contractuelle peuvent être compliquées et longues, ce qui augmente le coût du projet et les risques d'échec.

38. Bien que les arrangements contractuels précis diffèrent d'un projet à l'autre, le contrat principal, dans un projet CET, est l'accord de concession ou l'accord relatif au projet, conclu entre les pouvoirs publics et la société chargée du projet. Dans cet accord sont énoncées les principales conditions de la concession, telles que la durée de la concession, le montant et la méthode de paiement du produit final, toutes conditions d'exécution, la mesure dans laquelle la société chargée du projet jouira d'un monopole et les conditions d'exploitation et de maintenance de l'installation et de son transfert aux pouvoirs publics à la fin de la période de concession. Lorsque l'infrastructure juridique ne traite pas comme il convient de certaines questions, par exemple le rapatriement des bénéfices ou certains abattements fiscaux, celles-ci peuvent l'être dans l'accord relatif au projet. Bien que cet accord soit conclu entre les pouvoirs publics et la société chargée du projet, certaines des autres parties s'intéresseront à ses conditions. Par exemple, les financiers et la société exploitante s'intéresseront à la durée et aux conditions exactes de la concession, car ces éléments auront des incidences sur le remboursement des prêts et sur les conditions applicables à la période d'exploitation.

39. Le fait que les financiers ne peuvent se tourner vers les pouvoirs publics en cas d'échec du projet (financement sans recours) entraîne certaines conséquences qui compliquent en général la négociation des contrats constitutifs du montage financier. Le financement sans recours impose des risques plus importants aux financiers et à la société chargée du projet que dans le cas des projets de construction traditionnels. La plupart des difficultés tiennent, à des degrés divers, à la répartition des risques entre

les parties, notamment au fait que les prêteurs exigeront que la société chargée du projet et les pouvoirs publics s'engagent à ce que le projet soit financièrement viable sur le long terme, afin d'assurer le remboursement des prêts.

40. Selon le type de projet, ces engagements peuvent prendre diverses formes. Par exemple, les recettes provenant du péage de routes ou de ponts pourront être assurées si les pouvoirs publics garantissent un niveau minimum de trafic en-deça duquel la société chargée du projet sera libérée de certaines obligations. On pourra, par exemple, prolonger la durée de la concession ou prévoir une forme ou une autre de refinancement, afin de compenser toute perte de recettes qui pourrait avoir des incidences négatives sur le service de la dette. Dans le cas des centrales électriques CET, des recettes appropriées sont en général garanties au moyen d'un contrat à long terme par lequel un service public s'engage à acheter l'électricité. Ainsi, bien que ces types de contrats soient distincts des contrats de financement entre les prêteurs et la société chargée du projet, ils constituent un élément essentiel du montage financier; aussi les prêteurs et investisseurs sont-ils intéressés aux dispositions de ces contrats.

41. En outre, les prêteurs peuvent normalement se protéger en négociant un ensemble de garanties aux termes duquel le remboursement des prêts aura la priorité sur d'autres créances portant sur les liquidités du projet, même en cas de défaillance ou d'échec du projet. On se fonde en général à cette fin sur divers mécanismes, par exemple, l'ouverture de comptes offshore sur lesquels sont déposées les recettes et sur lesquels les prêteurs ont la priorité, la cession de certains contrats à des mandataires qui les détiennent au nom des prêteurs et le droit donné aux prêteurs de reprendre le projet en cas de défaillance grave de la société chargée du projet. Il peut être difficile de mettre en place un mécanisme en lequel les prêteurs auront confiance, notamment dans les Etats ne disposant pas d'un marché des capitaux et des titres très développé.

42. Comme le financement est sans recours, les financiers et la société chargée du projet doivent déterminer comment faire face aux autres risques connexes, notamment le risque lié au pays (risque politique) et le risque lié aux monnaies (imputable essentiellement à l'inflation et à la dépréciation des monnaies). Comme la société chargée du projet et les prêteurs n'ont aucun contrôle sur ces risques, ils peuvent par exemple s'efforcer de les atténuer en faisant appel à un organisme de garantie des crédits à l'exportation qui appuiera partiellement le financement en garantissant les paiements requis pour les exportations nécessaires à l'exécution du projet. Les organismes multilatéraux de développement, tels que la Banque mondiale, garantissent les risques liés aux investissements, par le biais, notamment, de l'Agence multilatérale de garantie des investissements de la Banque mondiale ou d'entités similaires. La participation d'institutions multilatérales peut également renforcer la confiance des prêteurs éventuels.

43. Certains des risques liés à un projet CET sont similaires à ceux que l'on rencontre dans un projet de construction traditionnel. Par exemple, pour la phase de construction, le risque lié à l'achèvement de la construction est normalement couvert par un contrat de construction clefs en main à date ferme entre la société chargée du projet et un entrepreneur, contrat donnant normalement lieu à des garanties de bonne exécution. En outre, les compagnies d'assurance couvrent certains des risques les plus courants (par exemple, la

tierce responsabilité). Sur certains des marchés de l'assurance développés, on peut également couvrir certains des risques spécifiques au CET, par exemple le risque de déficit de trésorerie.

44. Nonobstant ces techniques, un certain nombre de facteurs pratiques peuvent rendre relativement compliquées les négociations relatives à la gestion des risques pour les projets CET. On notera en particulier que toutes les parties principales sont intéressées à la manière dont les divers risques seront répartis et voudront donc participer aux négociations. Dans de nombreux cas, le manque d'expérience en matière de négociation avec des parties multiples sur ces aspects des projets CET complique encore les choses. Ainsi, les parties peuvent être conduites à défendre des positions irréalistes en ce qui concerne la répartition des risques, le secteur privé, et notamment les prêteurs, s'efforçant de ramener leur risque à un niveau très bas, alors que les pouvoirs publics s'attachent à transférer tous les risques sur le secteur privé.

45. Outre les contrats constituant le montage financier, il y a divers autres contrats auxquels sont intéressés à la fois les pouvoirs publics, les prêteurs et la société chargée du projet, en tant que parties principales. Il s'agit par exemple du contrat d'exploitation et de maintenance. Dans certains cas, la société chargée du projet conclura un contrat avec un exploitant indépendant pour la phase opérationnelle du projet. Mais, même si les parties au contrat sont la société chargée du projet et l'exploitant, les prêteurs voudront s'assurer des conditions de ce contrat, afin de déterminer si le projet sera géré de manière économiquement viable et assurera des recettes appropriées. Les pouvoirs publics devraient également veiller à ce que leurs intérêts soient pris en compte comme il convient dans le contrat, notamment pour ce qui est de questions telles que le transfert de technologie et la maintenance technique de l'installation, afin de s'assurer que cette installation leur sera transférée dans un bon état technique à la fin de la période de concession. L'intérêt que portent ces entités à un contrat auquel elles ne sont pas directement parties peut compliquer encore le processus de négociation.

46. Il semble que les principaux problèmes liés aux arrangements contractuels CET ne tiennent pas au caractère unique des différents contrats constitutifs, car la plupart de ces types de contrats sont utilisés pour l'exécution de projets traditionnels. On trouvera par exemple des conseils sur les questions contractuelles à examiner dans le contexte de ces projets traditionnels dans le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles. C'est dans le contexte CET, qui suppose un grand nombre de contrats liés entre eux et constituant un ensemble contractuel, que se posent des problèmes pratiques tenant à l'imbrication de ces contrats. Le calendrier, les priorités et la manière dont les négociations seront menées doivent donc faire l'objet d'un soin attentif, si l'on veut que le processus soit achevé en temps voulu et soit couronné de succès.

III. CONCLUSION

47. On peut conclure de ce qui précède que les pouvoirs publics et les autres parties contractantes aux projets CET pourraient bénéficier d'une assistance en ce qui concerne la manière de traiter certains des problèmes juridiques pouvant faire obstacle à une exécution efficace et économique des projets. La

Commission voudra donc peut-être envisager d'entreprendre des travaux sur les projets CET, notamment pour ce qui est de l'infrastructure juridique et des méthodes de passation des marchés et d'établissement des contrats. Elle pourrait par exemple élaborer des directives visant à aider les Etats à mettre en place un cadre juridique favorable à l'exécution de projets CET, et notamment donner des conseils sur les méthodes économiques et efficaces de passation des marchés pour les projets CET. Pour ce qui des questions contractuelles, le secrétariat pourrait commencer par établir une étude des problèmes rencontrés dans l'établissement de contrats CET, étude qui traiterai également de la manière dont la Commission pourrait entreprendre des travaux dans ce domaine.

48. Pour ce qui est des directives concernant la mise en place d'une infrastructure juridique appropriée, on pourrait traiter des types de législations, régissant les affaires, les investissements et le commerce, qui pourraient offrir une base juridique solide pour l'exécution de projets CET, ainsi que des dispositions législatives types que pourraient utiliser les Etats désireux d'élaborer une législation particulière régissant l'exécution de tels projets. Ces dispositions législatives types pourraient traiter de questions telles que le cadre juridique de la concession, la mesure dans laquelle les pouvoirs publics pourront participer aux projets, le cadre réglementaire de la gestion et de l'exploitation des projets CET et les incitations que les pouvoirs publics voudront éventuellement accorder.

49. Pour ce qui est de la passation des marchés, on pourrait donner aux gouvernements des conseils sur les méthodes de passation des marchés les plus susceptibles de promouvoir la concurrence et la transparence, permettant d'éviter des négociations qui risqueraient de faire perdre confiance en le processus de passation des marchés. A cette fin, on pourrait donner des conseils sur la préparation du dossier de sollicitation, l'établissement des critères d'évaluation et les méthodes d'évaluation selon les circonstances. On pourrait, par exemple, élaborer une réglementation des marchés type ou un dossier de sollicitation type pour les projets CET. On pourrait également donner des conseils sur la manière de traiter les offres ou propositions non sollicitées, en tenant compte à la fois des intérêts des auteurs de ces offres ou propositions et de ceux des pouvoirs publics désireux de favoriser la concurrence.

50. Pour ce qui est de l'établissement des contrats, il serait sans doute plus utile, à ce stade, que le secrétariat continue de suivre et d'étudier l'évolution des contrats CET, afin de déterminer les travaux que pourrait entreprendre la Commission dans ce domaine. Il pourrait s'agir d'élaborer un supplément relatif aux contrats CET dans le Guide juridique de la CNUCID pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles, dans lequel seraient examinés les mécanismes relatifs aux contrats CET, y compris la manière dont les dispositions des principaux contrats pourraient être structurées dans un contexte CET.

51. Dans les trois domaines d'activités possibles mentionnés ci-dessus, les travaux de la Commission pourraient être conçus de manière à ne pas faire double emploi avec les travaux entrepris par l'ONUDI sur les projets CET. Par exemple, dans les Directives de l'ONUDI, les questions relatives au cadre législatif sont traitées dans un chapitre sur l'appui des pouvoirs publics à l'exécution des projets CET. Bien que ce chapitre traite des caractéristiques principales de cette législation et des problèmes pouvant se poser, faute d'un cadre législatif approprié, il reste à élaborer un guide législatif détaillé

quant aux questions sur lesquelles devraient porter ce cadre juridique et, en particulier, des dispositions types éventuelles, qui pourraient être incluses dans la législation applicable au CET. Les Directives présentent également certains des problèmes auxquels on se heurte dans le domaine de la passation des marchés. A ce propos, comme il est indiqué dans la présente note, il serait utile de donner aux Etats des conseils pratiques sur la manière d'éviter certains des problèmes examinés. Pour ce qui est de l'établissement de contrats, les Directives décrivent la teneur de certains de ces contrats, les contrats principaux, notamment l'accord relatif au projet, étant traités de manière plus détaillée. Dans ce domaine aussi, il serait sans doute utile de donner aux Etats des conseils plus détaillés sur les mécanismes relatifs à l'établissement de contrats CET et sur les types de dispositions qui revêtent une importance essentielle si l'on veut arriver à un ensemble contractuel équilibré.