

**Assemblée générale**

Distr. générale  
18 septembre 2018  
Français  
Original : anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Cinquante-deuxième session  
Vienne, 8-26 juillet 2019

**Partenariats public-privé (PPP) : proposition  
d'actualisation du Guide législatif de la CNUDCI  
sur les projets d'infrastructure à financement privé  
(chapitre IV révisé)**

**Note du Secrétariat**

Table des matières

	<i>Page</i>
IV. Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP . . . . .	2
A. Dispositions générales du contrat de PPP . . . . .	2
B. Structure sociale du partenaire privé . . . . .	5
C. Site, biens et servitudes du projet . . . . .	7
D. Arrangements financiers . . . . .	10
E. Sûretés . . . . .	18
F. Cession de droits par le partenaire privé . . . . .	21
G. Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet . . . . .	21
H. Projets de construction . . . . .	23
I. Exploitation de l'infrastructure . . . . .	26
J. Arrangements contractuels généraux . . . . .	31



## IV. Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP

### A. Dispositions générales du contrat de PPP

1. Le « contrat de PPP » conclu entre l'autorité contractante et le partenaire privé constitue le document contractuel clef d'un PPP. Il définit la portée et l'objet du projet ainsi que les droits et 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. Dans les PPP concessifs, il couvre aussi les conditions dans lesquelles le partenaire privé fournira le service public et recevra l'essentiel des paiements de la part des usagers et de l'autorité contractante. Dans les PPP non concessifs, le contrat prévoit la construction de l'ouvrage ou la prestation de service en échange du paiement, par l'autorité contractante, de la rémunération convenue. Le contrat de PPP peut se présenter sous la forme d'un document unique ou de plusieurs accords distincts conclus entre l'autorité contractante et le partenaire privé ou toute entité apparentée impliquée dans le projet. Des dispositions législatives peuvent donner des orientations pour éviter les incohérences entre différents documents contractuels, notamment des principes d'ordre public et des règles d'interprétation. Cette section analyse la relation entre le contrat de PPP et la réglementation locale ou nationale relative à ces partenariats. Elle examine aussi les procédures et formalités à suivre pour la conclusion et l'entrée en vigueur du contrat de PPP.

#### 1. Approches législatives

2. Les législations nationales contiennent souvent des dispositions portant sur le contenu du contrat de PPP. Dans certains pays, la loi se borne à mentionner la nécessité d'un accord entre le partenaire privé et l'autorité contractante, tandis que dans d'autres, elle contient des dispositions détaillées et impératives sur le contenu des clauses devant figurer dans l'accord. Il existe enfin une approche intermédiaire selon laquelle la loi énumère les différentes questions qui doivent être réglées dans le contrat de PPP sans réglementer en détail le contenu des clauses de celui-ci.

3. Les dispositions législatives concernant certains éléments clefs du contrat de PPP peuvent servir à établir un cadre général de répartition des droits et des obligations entre les parties, pour donner effet à la répartition des risques sur laquelle se fonde le projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...). Ces dispositions peuvent avoir pour but d'uniformiser le traitement de certaines questions contractuelles et de donner des indications aux autorités publiques chargées de négocier les contrats de PPP aux différents niveaux de l'État (national, provincial ou local). Elles peuvent être particulièrement utiles aux autorités contractantes qui n'ont pas l'expérience de ce genre de négociations. Enfin, un texte législatif sera parfois nécessaire pour conférer à l'autorité contractante le pouvoir de souscrire à certaines clauses du contrat

4. Cependant, des dispositions législatives générales détaillant les droits et obligations des parties peuvent priver l'autorité contractante et le partenaire privé 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 les dispositions législatives générales concernant le contrat de PPP au strict nécessaire, par exemple aux questions pour lesquelles les parties ont besoin d'une autorisation législative préalable, à celles 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 convention.

#### 2. Droit applicable au contrat de PPP

5. Il est rare que les législations internes relatives aux PPP contiennent des dispositions sur le droit applicable aux contrats y relatifs. En effet, les lois de nombreux pays traitent les PPP comme une catégorie de marchés publics, qui sont dès lors régis par la loi du pays de l'autorité contractante (voir « Introduction et

informations générales sur les PPP », par. ...). Lorsqu'il existe de telles dispositions, celles-ci prévoient généralement l'application des lois du pays hôte en renvoyant de manière générale au droit interne ou en mentionnant les textes législatifs ou réglementaires particuliers qui s'appliquent aux contrats de PPP. Certains systèmes juridiques peuvent prévoir que la législation du pays hôte est tacitement applicable, même en l'absence de dispositions législatives à cet effet. Toutefois, dans le cas de PPP transfrontaliers, par exemple lorsque l'ouvrage ou les services s'étendent sur plusieurs pays, il peut être nécessaire de déterminer la ou les lois qui régiront le contrat.

6. Le droit applicable au contrat de PPP comprend les lois du pays hôte qui s'appliquent aux diverses questions qui se posent lors de l'exécution d'un projet de PPP qui, dans certains pays, peuvent faire partie du droit administratif (voir de manière générale le chapitre VII, « Autres domaines pertinents du droit », section B). Lorsque le droit applicable au contrat de PPP comprend des règles relevant du droit administratif ou du droit public en général, leur application dans le pays hôte peut être obligatoire. C'est le cas notamment pour celles qui ont trait aux mesures de protection de l'environnement et aux normes en matière de santé et d'emploi. Dans certains pays, la loi indique expressément quelles sont les questions soumises à des règles impératives. Toutefois, diverses questions découlant du contrat de PPP ou de l'exploitation de l'ouvrage peuvent ne pas faire l'objet de règles impératives de droit public. Tel est habituellement le cas de la plupart des questions contractuelles découlant du contrat de PPP (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 PPP lorsqu'ils n'en ont pas pourront avoir à résoudre les différentes questions soulevées par de tels projets dans plusieurs textes législatifs. D'autres pays pourront souhaiter adopter une législation ne portant que sur certaines questions qui ne sont pas traitées de manière satisfaisante dans les textes législatifs et réglementaires existants. Une législation spécifique sur les PPP pourrait, par exemple, établir les caractéristiques particulières de la procédure de sélection du partenaire privé et renvoyer, selon qu'il convient, aux textes existants relatifs à l'attribution des marchés publics pour tout détail concernant l'administration de la procédure. D'ailleurs, les pays hôtes qui adopteront une législation sur les PPP pourront être amenés à abroger certains textes législatifs et réglementaires qui, d'après l'organe législatif, feraient obstacle à la mise en œuvre de celle-ci, et devront veiller de manière générale à la cohérence des différents textes (voir chap. I, « Cadre législatif et institutionnel général », par. 26).

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 PPP et, le cas échéant, ceux qui auront été abrogés par l'organe législatif. Cependant, comme il ne sera pas possible d'énumérer dans la législation tous les textes législatifs ou réglementaires intéressant directement ou accessoirement les PPP, le mieux serait de les recenser dans un document non législatif tel qu'une brochure promotionnelle élaborée par le service chargé des PPP, s'il en existe un (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 47) ou par le service chargé de promouvoir les investissements. La réglementation pertinente pourra aussi être remise aux soumissionnaires au moment de la publication de la sollicitation de propositions (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. ...).

### **3. Conclusion du contrat de PPP**

9. Pour des projets aussi complexes que des projets d'infrastructure, il n'est pas rare que plusieurs mois s'écoulent entre la sélection de l'adjudicataire et la finalisation et la signature de tous les documents contractuels (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. ...). La qualité de l'étude de faisabilité et des autres études réalisées durant la phase de planification, ainsi que l'existence de modèles de contrats et de lignes directrices détaillés et adéquats (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...), seront essentiels pour faciliter la finalisation et

réduire les délais inutiles. Toutefois, on ne peut raisonnablement attendre un engagement ferme et définitif de la part des prêteurs et autres bailleurs de fonds avant l'attribution finale du contrat de PPP, et les parties devront tenir compte des conditions de financement lors de la finalisation dudit contrat. Un délai supplémentaire pourra également être nécessaire pour accomplir certaines formalités qui sont souvent prescrites par la loi telles que l'approbation du contrat de PPP par une autorité supérieure. L'entrée en vigueur du contrat de PPP ou de certaines catégories de contrats de PPP est subordonnée, dans certains pays, à une décision du parlement, voire à l'adoption d'une loi spéciale. C'est souvent le cas pour les PPP concessifs liés à la fourniture d'un service public. Étant donné le coût qu'entraîne tout retard dans l'exécution du contrat de PPP, il est souhaitable d'expédier les ajustements finaux afin d'éviter tout retard inutile dans la conclusion dudit contrat.

10. Les parties peuvent limiter le risque de retards en établissant, lors de la phase de planification, un calendrier indiquant les étapes importantes, comme les procédures obligatoires d'approbation par les autorités publiques (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...). Pendant la dernière étape, on a relevé plusieurs facteurs retardant la conclusion du contrat, par exemple le manque d'expérience des parties, le manque de coordination entre différentes autorités publiques, les incertitudes quant à l'appui pouvant être attendu des pouvoirs publics et la difficulté que peut présenter la constitution de sûretés acceptables pour les prêteurs. Les pouvoirs publics peuvent beaucoup faciliter les choses en donnant des instructions appropriées aux représentants qui agissent au nom de l'autorité contractante. À cet égard, le rôle d'un service chargé des PPP ou d'une entité de coordination similaire est essentiel pour maintenir le processus de conclusion sur les rails et en faciliter la progression (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 47). Mieux les parties s'entendent sur les clauses devant figurer dans le contrat de PPP, plus elles auront de chances de conclure le contrat avec succès. Inversement, lorsque des questions importantes restent en suspens après l'attribution du contrat de PPP et que les parties n'ont que peu d'instructions concernant la substance dudit contrat, il peut y avoir un risque considérable de prolongation des discussions, avec les coûts que cela entraîne, et de plaintes justifiées concernant le manque de transparence et de concurrence dans le processus de sélection.

11. Diverses organisations internationales, comme la Banque mondiale<sup>1</sup> ou la Fédération internationale des ingénieurs-conseils<sup>2</sup>, ont fourni des orientations pour la rédaction de contrats de PPP ou établi des clauses standard qui peuvent servir de point de départ pour rédiger tout ou partie d'un tel contrat. Ces modèles, qui sont largement acceptés et utilisés dans le monde entier, sont régulièrement mis à jour par ces institutions. Des indications sont également fournies au sujet de leur signification et de leur interprétation, ce qui est gage d'uniformité et permet de réduire les risques.

12. Il faudrait également revoir la procédure de conclusion et d'entrée en vigueur du contrat de PPP afin de pouvoir régler rapidement les problèmes et éviter les conséquences négatives liées à un 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, de sorte que le contrat entre en vigueur dès sa signature ou dès l'achèvement de certaines formalités, comme la publication au Journal officiel. Dans les pays où une telle procédure est inapplicable ou dans lesquels une autre instance doit encore donner son approbation finale, il est souhaitable d'envisager de rationaliser la procédure d'approbation. Lorsque celle-ci est jugée arbitraire ou trop lourde, il peut être demandé aux pouvoirs publics de donner au partenaire privé et aux prêteurs des garanties suffisantes pour les mettre à l'abri de ce risque (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 45 à 50). Dans certains pays où une approbation est nécessaire, l'autorité contractante est parfois autorisée à défrayer le soumissionnaire sélectionné des

<sup>1</sup> « Guidance on PPP contractual provisions », édition 2017, Banque internationale pour la reconstruction et le développement, Banque mondiale.

<sup>2</sup> Pour plus d'informations, consulter le site Web de la FIDIC : <http://fidic.org/>.

dépenses qu'il a engagées pendant la phase de sélection et la préparation du projet si l'approbation finale est refusée pour des raisons indépendantes de sa volonté.

## B. Structure sociale du partenaire privé

13. La législation nationale prévoit souvent certaines exigences concernant la structure sociale du partenaire privé, qui sont reprises par des dispositions détaillées dans les contrats de PPP. Elles portent habituellement sur des questions telles que la constitution du partenaire privé en personne morale, son capital, son champ d'activité et ses statuts. 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, aussi appelée « véhicule ad hoc » ou « entité ad hoc », qui devient alors le partenaire privé dans le cadre du contrat de PPP. Une société de projet constituée en personne morale indépendante est le véhicule généralement utilisé pour mobiliser des fonds aux fins du financement du projet (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 54). Ce type de société facilite la coordination des travaux d'exécution du projet et offre un mécanisme pour protéger les intérêts du projet, qui ne coïncident pas forcément avec ceux de la société mère ou, le cas échéant, des membres du consortium et d'autres promoteurs du projet. Cette considération peut être déterminante lorsque des membres du consortium de projet s'engagent à fournir une partie importante des services ou des biens nécessaires au projet.

14. Si la société de projet n'est pas déjà constituée, elle doit généralement l'être peu de temps après la sélection du consortium adjudicataire. Comme une bonne partie des engagements et obligations du partenaire privé, y compris à long terme (contrat de PPP, conventions de prêt et de sûreté 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. Par ailleurs, dans une perspective à plus long terme, il est important que la structure d'actionnariat de la société de projet reflète les points d'accord entre les membres du consortium adjudicataire en ce qui concerne les niveaux d'engagement et de participation au capital du projet de chacun (voir chap. III, « Attribution du contrat »). Certains pays dans lesquels les investissements étrangers sont soumis à des règles spécifiques et doivent être approuvés au cas par cas par les autorités compétentes ont jugé utile de fusionner les exigences relatives à l'enregistrement des investissements et à l'autorisation des projets de PPP en une seule procédure, afin d'économiser du temps et de l'argent.

15. Souvent, les entités offrant des services publics doivent se constituer en personne morale conformément aux lois du pays hôte. 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 de publicité (par exemple, publication des états financiers ou règles de publicité concernant certains actes sociaux). Elle met en évidence, toutefois, la nécessité, pour le pays hôte, d'avoir un droit des sociétés approprié (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 30 à 33). Si la société de projet peut être constituée facilement, compte dûment tenu des exigences raisonnables qu'impose l'intérêt général, cela peut éviter des retards inutiles dans la réalisation du projet.

16. Une autre question importante a trait aux apports de fonds propres nécessaires pour la constitution de la société de projet. L'autorité contractante a légitimement intérêt à rechercher un montant de fonds propres qui assure la solidité financière de la société de projet et garantisse 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, il ne sera peut-être pas souhaitable d'exiger, dans la législation, un capital social minimum d'un montant déterminé pour toutes les sociétés réalisant des projets de PPP dans le pays. On pourra, à la place, accorder à l'autorité contractante davantage de souplesse pour parvenir à un montant d'investissement en fonds propres adapté aux besoins

financiers du projet. L'investissement attendu pourra, par exemple, être exprimé dans la sollicitation de propositions sous 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 chap. III, « Attribution du contrat », par. 75 et 77).

17. Quoi qu'il en soit, il est souhaitable de revoir les dispositions législatives ou les prescriptions réglementaires concernant l'organisation du partenaire privé de façon à assurer leur conformité aux obligations internationales contractées par le pays hôte. Des dispositions limitant ou imposant certains types de personne morale ou de coentreprise 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.

18. Les considérations susmentionnées relatives à la structure sociale du partenaire privé s'appliquent aussi à l'attribution d'un contrat de PPP à une personne morale existante, à la filiale d'une personne morale qui exploite d'autres projets de PPP dans le pays, ou à une entreprise publique, ce qui est souvent le cas dans certains pays. Lorsque des entreprises publiques mènent un projet de PPP, il est important d'examiner soigneusement, si possible dès la phase de planification, les mesures qui pourraient limiter les éventuels conflits d'intérêts entre l'État, en tant qu'actionnaire majoritaire de la société de projet, et les actionnaires minoritaires. Il est aussi important de tenir compte des préoccupations des prêteurs concernant les risques politiques découlant de la relation entre l'État et la société de projet. De plus, il faudra aussi tenir compte du traitement comptable de la dette contractée par une entreprise publique et de son éventuel impact sur les comptes de l'État en tant qu'éventuelle filiale ou passif indirect (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ... ; voir aussi chap. VII « Autres domaines pertinents du droit », par. ...).

19. Parfois, la législation interne contient des dispositions concernant la portée des activités de la société de projet et exige, par exemple, qu'elles se limitent à la construction 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 séparant ceux-ci ainsi que les produits et le passif de ce projet de ceux d'autres projets ou d'autres activités sans rapport avec lui. Elles peuvent faciliter l'évaluation des résultats de chaque projet puisque les pertes ou les profits d'un projet ne peuvent être compensés par ceux d'autres projets ou activités. Toutefois, la possibilité offerte au partenaire privé d'étendre ses activités à des projets ou à des activités connexes (par exemple, la construction d'un centre commercial ou la réalisation d'un projet immobilier à proximité d'une gare ferroviaire en parallèle avec la construction d'une ligne de métro) peut attirer les partenaires privés ou les membres d'un consortium ayant les compétences nécessaires pour ce genre de projets (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...).

20. L'autorité contractante pourra aussi souhaiter avoir l'assurance que les statuts de la société de projet reflètent comme il convient les obligations que celle-ci assume au titre du contrat de PPP. Pour cette raison, certains contrats prévoient 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 elles sont assorties ou les procédures de liquidation), lesquelles devront être précisées dans le contrat de PPP.

## C. Site, biens et servitudes du projet

21. Les dispositions relatives au site du projet forment un élément essentiel de la plupart des contrats de PPP. Elles portent généralement sur des questions telles que la propriété des terrains et des biens du projet, l'acquisition des terrains et les servitudes nécessaires au partenaire privé pour réaliser des travaux de construction ou exploiter l'infrastructure. Dans la mesure où le contrat de PPP envisage de transférer au partenaire privé des biens appartenant au domaine public ou de lui donner un droit d'usage sur de tels biens, il peut être nécessaire de prévoir un cadre législatif adéquat. Des dispositions législatives peuvent également être nécessaires pour faciliter l'acquisition des biens ou servitudes nécessaires lorsque le projet n'est pas situé sur des terrains appartenant au domaine public.

### 1. Propriété des biens du projet

22. Comme nous l'avons vu plus haut, les projets de PPP peuvent revêtir différentes formes, allant du cas où les biens associés au projet sont détenus par l'État au cas où les infrastructures sont entièrement détenues et exploitées par des intérêts privés (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 47 à 53). Indépendamment de la politique générale ou sectorielle du pays hôte, il importe que le régime de propriété des différents biens en jeu soit clairement défini et s'appuie sur un cadre législatif suffisant. Toutefois, il ne sera pas nécessairement indispensable de disposer de textes législatifs précis à ce sujet. Dans différents pays, il s'est en effet révélé suffisant de fournir un cadre législatif présentant les questions qui doivent être traitées dans le contrat de PPP.

23. Dans certains systèmes juridiques, l'infrastructure physique nécessaire à la fourniture de services publics dans le cadre d'un PPP de type concessif (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. ...) 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 partenaire privé par l'autorité contractante, tout bien spécialement acquis pour la construction de l'ouvrage. Toutefois, pendant la durée du projet, le partenaire privé 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 ces améliorations ou ajouts deviennent ou non partie intégrante des biens publics en la possession du partenaire privé, ou si certains d'entre eux peuvent en être séparés et devenir la propriété privée du partenaire privé. Il est donc souhaitable que le contrat de PPP spécifie, selon qu'il convient, les biens qui entreront dans le domaine public et ceux qui deviendront la propriété privée du partenaire privé.

24. La nécessité de clarté concernant la propriété des biens 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 le contrat de PPP spécifie, selon qu'il convient, les biens qui resteront dans le domaine public et ceux qui deviendront la propriété privée du partenaire privé. Le partenaire privé 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 partenaire privé devrait être clairement établie car elle aura une incidence directe sur sa capacité de constituer des sûretés sur les biens du projet pour mobiliser des fonds (voir par. 54 et 55).

25. Outre la propriété des biens pendant la durée du contrat de PPP, il importe de considérer le régime de propriété à l'expiration ou à la résiliation de ce contrat. Dans les PPP de type concessif, l'autorité contractante recherche la continuité des services

et a par conséquent un intérêt dans les biens corporels associés au projet, dont elle exigera qu'ils soient remis dans leur totalité à la fin du contrat. Dans les PPP de type non concessif par contre, le contrat de PPP est essentiellement considéré comme un moyen de fournir des services pendant une durée déterminée et non de construire des installations matérielles. Par conséquent, dans ce type de PPP, la législation peut limiter l'obligation de remise du partenaire privé aux avoirs et aux biens publics mis initialement à disposition par l'autorité contractante ou un autre organisme public, ou à certains autres biens jugés nécessaires pour garantir la prestation du service. En cas de désignation d'un nouveau partenaire privé, ces biens seront transférés directement du premier partenaire privé au second, qui lui succède pour la prestation du service (voir aussi chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. ...).

26. Les différences dans les approches législatives traduisent souvent des différences dans les rôles dévolus aux secteurs public et privé dans divers systèmes juridiques et économiques, mais elles peuvent aussi résulter de considérations pratiques de la part de l'autorité contractante. Une raison pratique qui incitera celle-ci à autoriser le partenaire privé à conserver certains biens à la fin de la durée du projet peut être la volonté de réduire le coût auquel le service sera fourni. Si les biens du projet sont susceptibles d'avoir une valeur résiduelle pour le partenaire privé et si cette valeur peut être prise en compte pendant le processus de sélection, l'autorité contractante peut escompter que les redevances demandées pour le service seront moins élevées. En effet, si le partenaire privé pense ne pas avoir à assumer la totalité du coût des biens pendant la durée du projet mais pouvoir en recouvrer une partie en les vendant ou en les utilisant à d'autres fins, après l'expiration du contrat de PPP, il est possible que le service puisse être assuré à un coût moins élevé que si le partenaire privé devait amortir tous ses frais pendant la durée du projet. En outre, il se peut que certains biens nécessitent à la fin du projet une remise à neuf ou une mise à niveau technique telles qu'il ne sera peut-être pas rentable pour l'autorité contractante de les réclamer. Il peut aussi y avoir un passif résiduel ou des coûts indirects, par exemple une responsabilité pour atteintes à l'environnement ou des coûts de démolition.

27. C'est pourquoi la législation de certains pays n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante pour tous les types de PPP, mais permet d'établir une distinction entre trois grandes catégories de biens :

a) Biens devant être transférés à l'autorité contractante. Cette catégorie comprend en général les biens publics utilisés par le partenaire privé pour fournir le service considéré. Ils peuvent inclure à la fois les ouvrages mis à la disposition du partenaire privé par l'autorité contractante et les nouveaux ouvrages construits par celui-ci conformément au contrat de PPP, même si, dans le cas des PPP non concessifs, il ne sera pas toujours dans l'intérêt général de conserver ces biens. Certaines législations exigent également le transfert des biens meubles et immeubles acquis ultérieurement par le partenaire privé afin d'assurer l'exploitation de l'ouvrage, en particulier lorsqu'ils deviennent partie intégrante ou sont solidaires de façon permanente de l'ouvrage qui doit être cédé à l'autorité contractante ;

b) Biens pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré. Cette catégorie comprend habituellement les biens initialement détenus par le partenaire privé 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) Biens demeurant la propriété privée du partenaire privé. Il s'agit de biens détenus par le partenaire privé qui n'entrent pas dans la catégorie b) ci-dessus. En général, l'autorité contractante n'a pas de droit sur ces biens, dont le partenaire privé peut librement disposer ou qu'il peut librement retirer.

28. À la lumière de ce qui précède, il est utile que la loi exige que le contrat de PPP spécifie, selon qu'il convient, les biens qui relèveront du domaine public et ceux qui seront la propriété privée du partenaire privé. Le contrat de PPP devrait spécifier les biens que le partenaire privé est tenu de transférer à l'autorité contractante ou à un nouveau partenaire privé à l'expiration ou à la résiliation dudit contrat ; les biens que

l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au partenaire privé, et ceux dont ce dernier peut librement disposer ou qu'il peut librement retirer à l'expiration ou à la résiliation du contrat de PPP. Ces dispositions devraient s'accompagner de critères contractuels permettant de fixer, selon qu'il convient, l'indemnisation à laquelle le partenaire privé peut prétendre au titre des biens transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau partenaire privé ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou à la résiliation du contrat de PPP (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 37 à 40).

## 2. Acquisition des terrains nécessaires à l'exécution du projet

29. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit sur un terrain appartenant au domaine public (c'est-à-dire à l'autorité contractante ou à une autre autorité publique) ou qu'un ouvrage existant doit être modernisé ou rénové, c'est normalement au propriétaire du terrain ou de l'ouvrage qu'il appartient de mettre celui-ci à la disposition du partenaire privé. 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 partenaire privé ne sera pas le mieux placé pour assumer la responsabilité de cet achat, compte tenu du temps et des dépenses que peuvent entraîner les négociations avec différents propriétaires, souvent nombreux, ni pour entreprendre des recherches dans le cadastre pour analyser tous les transferts de propriété antérieurs et établir ainsi la validité du titre des différents propriétaires, ce qui peut être nécessaire dans certains pays. C'est donc généralement 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 une augmentation du coût du projet due à leur acquisition. Les études d'impact sur l'environnement et la société réalisées lors de la phase de préparation du projet devraient avoir estimé le coût d'acquisition des terrains requis et avoir notamment identifié la procédure à suivre, le temps nécessaire et les obstacles ou sources de retard potentiels (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...). L'autorité contractante peut acheter les terrains requis à leurs propriétaires ou, au besoin, procéder à une expropriation.

30. La procédure par laquelle des biens privés sont expropriés par les pouvoirs publics moyennant le versement d'une indemnité appropriée à leurs propriétaires, à laquelle les systèmes juridiques nationaux donnent des appellations techniques différentes, est désignée, dans le présent *Guide*, par le terme « expropriation ». Dans la plupart des pays, la législation définit les conditions et limites applicables à l'acquisition forcée de biens privés par les pouvoirs publics, y compris le paiement d'une indemnité au propriétaire (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. ...). Dans les pays où la législation prévoit plusieurs procédures d'expropriation, il pourrait être souhaitable d'autoriser les autorités publiques compétentes à procéder à toutes les expropriations nécessaires à un PPP en recourant à la procédure la plus expéditive, par exemple la procédure spéciale de déclaration d'utilité publique appliquée par certains pays (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 22 et 23).

31. Le pouvoir d'expropriation est en général dévolu à la puissance publique. Toutefois, pour les PPP de type concessifs, certains systèmes juridiques autorisent des exploitants d'infrastructures ou des prestataires de services publics (tels que les compagnies de chemins de fer ou d'électricité) à prendre certaines mesures d'expropriation des biens privés nécessaires à la fourniture ou au développement des services offerts au public. Dans les pays, en particulier, où l'indemnisation des propriétaires expropriés est décidée par les tribunaux, il s'est révélé utile de déléguer au partenaire privé le pouvoir d'entreprendre certaines démarches liées à l'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. Après l'expropriation, le terrain devient souvent la propriété de l'État, encore que, dans certains cas, la loi autorise l'autorité contractante et le partenaire privé à convenir d'un arrangement différent, compte tenu du partage entre eux du coût de l'expropriation.

### 3. Servitudes

32. Des dispositions spéciales peuvent être requises lorsque le partenaire privé 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 des terrains adjacents, ériger des pylônes ou des lignes de transport d'électricité, mettre en place et entretenir des postes de transformation ou de commutation, émonder les arbres qui gênent les lignes téléphoniques situées sur les terrains attenants, ou poser des canalisations de pétrole, de gaz ou d'eau).

33. Ce droit d'utiliser la propriété de tiers pour une raison précise ou pour y effectuer des travaux est souvent appelé « servitude ». 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 partenaire privé traiter directement avec les propriétaires. Le plus souvent, c'est l'autorité contractante qui acquiert la servitude, en même temps que le site de projet, par voie d'expropriation.

34. Il arrive aussi que 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 installer des équipements 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 les servitudes minimums qui seront nécessaires au partenaire privé. Par exemple, une loi portant spécifiquement sur le secteur de la production d'électricité peut fixer les conditions dans lesquelles le partenaire privé peut obtenir un droit de câblage afin d'installer et d'exploiter des réseaux de base et de distribution sur un terrain appartenant à un tiers. Un tel droit peut être nécessaire notamment pour poser des câbles aériens ou souterrains, installer des structures portantes et des équipements de transformation et de commutation ; entretenir, réparer ou enlever ces équipements, établir une zone de sécurité le long du parcours des câbles souterrains ou aériens, ou encore ôter les obstacles situés le long des lignes ou empiétant sur la zone de sécurité. Lorsque la législation du pays hôte ne précise pas le montant de l'indemnité qui peut être due aux propriétaires affectés par les servitudes du prestataire de services, il est conseillé de le préciser dans la législation générale ou sectorielle relative aux PPP, selon le cas, dans la mesure où la portée des droits accordés au partenaire privé est telle qu'elle entraîne pour ces propriétaires une perte appréciable de jouissance de leur bien (par exemple en cas de perturbations dues à l'exploitation ou à la maintenance de l'ouvrage ; en cas de réduction de la valeur marchande du bien en raison des servitudes accordées au partenaire privé).

### D. Arrangements financiers

35. Les arrangements financiers relatifs aux projets de PPP suivent généralement la structure de financement du projet et contiennent habituellement des dispositions concernant l'obligation pour le partenaire privé de mobiliser des fonds pour l'exécution du projet, les mécanismes de décaissement et de justification de l'emploi des fonds, la rémunération du partenaire privé et les types de sûreté qui peuvent être constituées au profit de ses créanciers et de ses bailleurs de fonds. Les arrangements financiers relatifs à un PPP de type concessif pourront sensiblement différer de ceux relatifs à un PPP de type non concessif, et même dans ces deux catégories, différents secteurs et projets pourront requérir des arrangements financiers différents. Il est important de veiller à ce que la législation du pays hôte tienne compte de cette diversité et facilite, ou du moins n'entrave pas, la gestion financière du projet.

## 1. Obligations financières du partenaire privé

36. Dans un PPP, le partenaire privé sera habituellement chargé de mobiliser et de fournir les fonds nécessaires à la construction et à l'exploitation de l'ouvrage. Ces obligations sont généralement énoncées en détail dans les dispositions du contrat de PPP. Le plus souvent, l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques sont désireuses de limiter leurs obligations financières à celles qui sont expressément prévues dans ledit contrat ou aux formes d'appui direct que les pouvoirs publics se sont engagés à fournir pour lever des fonds pour le projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...).

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

## 2. Sources et modes de paiement

38. La compensation financière à laquelle le partenaire privé a droit, ainsi que les méthodes de calcul et de versement des paiements correspondants, sont des éléments clefs du projet tel qu'il est conçu pendant la phase de planification et d'étude de faisabilité (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...). Le contrat de PPP et les documents connexes contiennent généralement des dispositions détaillées à ce sujet et, en fonction du type de projet, la législation pourra jouer un rôle important en facilitant les arrangements financiers envisagés par les parties, ou du moins en les rendant possible.

39. Les sources et les modes de paiement varieront en fonction du type de projet et de secteur. Dans les PPP concessifs, les flux de trésorerie du projet proviennent principalement des paiements effectués par les usagers finals de l'ouvrage exploité par le partenaire privé (par exemple, les usagers d'un pont à péage), ou par les clients qui achètent les services ou les biens fournis par celui-ci (par exemple, les ménages qui paient pour l'électricité ou l'eau potable). Dans les PPP non concessifs, en revanche, l'autorité contractante paie directement le partenaire privé pour la construction de l'ouvrage et, le cas échéant, pour l'utilisation ou l'exploitation de cet ouvrage ou du service. Il s'agit là de deux approches extrêmes fondées sur la forme de rémunération prépondérante. Dans la pratique, celles-ci sont souvent associées lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer la bonne mise en œuvre du projet et garantir au partenaire privé le taux de recouvrement des investissements et de profit convenu. Les paragraphes suivants, qui tiennent compte de cette distinction générale, ainsi que de la combinaison possible de divers modes de paiement, présentent les principales options disponibles et soulignent, le cas échéant, le rôle de la législation pour ce qui est de les autoriser ou de les faciliter.

### a) Redevances versées par les usagers

40. Dans les PPP concessifs, les redevances ou droits d'utilisation perçus par le partenaire privé peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante (voir par. ...) ou des pouvoirs publics (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 30 à 60), la principale – et parfois même la seule – source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués pour le projet. Le partenaire privé cherchera donc à fixer et à maintenir ces redevances et ces droits à un niveau lui garantissant des rentrées de fonds suffisantes pour le projet. Certains systèmes juridiques, toutefois, peuvent imposer des limites à la latitude accordée au partenaire privé à cet égard. Le prix auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique étatique en matière

d'infrastructures et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règlements d'ordre général définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent présenter un caractère « raisonnable » et répondre à certains critères en matière d'« équité ».

i) *Pouvoir du partenaire privé de percevoir des redevances*

41. Dans plusieurs pays, il se peut qu'une autorisation préalable du législateur soit nécessaire pour qu'un partenaire privé puisse percevoir des redevances pour la prestation de services publics ou 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 partenaire privé de percevoir une redevance en contrepartie du service fourni.

42. Lorsqu'il est jugé nécessaire d'inclure dans la législation générale des dispositions réglementant les redevances et les droits d'utilisation, celles-ci devraient viser à concilier les intérêts tant des investisseurs que des usagers actuels et futurs. Il est souhaitable que les critères fixés par la loi pour la détermination de ces redevances et droits tiennent compte, indépendamment des facteurs sociaux auxquels les pouvoirs publics attachent de l'importance, de la nécessité pour le partenaire privé d'obtenir un cash flow suffisant pour garantir la viabilité économique et la rentabilité commerciale du projet. Une bonne pratique dans ce domaine consiste à inclure la tarification provisoire dans les études de faisabilité et le dossier de soumission. En outre, il est souhaitable d'habiliter les parties à négocier des arrangements appropriés, y compris en matière d'indemnisation, pour les cas où une réglementation directe ou indirecte des redevances applicables aux services publics risque d'aboutir à la fixation de redevances ou de droits inférieurs à ce qu'ils devraient être pour que le projet puisse être exploité rentablement (voir par. 133).

ii) *Méthodes de régulation tarifaire*

43. Les redevances et les droits d'utilisation sont souvent soumis, dans la législation nationale, à un mécanisme de régulation. De nombreux pays ont choisi de n'énoncer dans leur législation que des 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 les contrats de PPP. Cette solution est souhaitable car les formules varient selon les secteurs et il peut être nécessaire de les adapter pendant la durée d'un projet. Lorsque des mesures de régulation tarifaire sont appliquées, la loi exige habituellement que la formule tarifaire utilisée soit indiquée dans la sollicitation de propositions et incorporée dans le contrat de PPP. Les mécanismes de régulation s'appuient généralement sur des formules permettant l'ajustement et le contrôle des dispositions tarifaires afin d'assurer le respect des paramètres d'ajustement tarifaire. Les méthodes les plus couramment utilisées dans les législations nationales sont celles du taux de rendement et du plafonnement des prix. Il existe aussi des systèmes hybrides combinant des éléments empruntés à l'une et à l'autre. On notera que pour être efficace, un mécanisme de régulation 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.

a) *Méthode du taux de rendement*

44. La méthode du taux de rendement est un mécanisme d'ajustement tarifaire conçu de manière à permettre au partenaire privé de dégager un taux de rendement convenu sur son investissement. Les redevances pour une période donnée sont fixées en fonction des recettes globales que le partenaire privé doit dégager pour exploiter l'ouvrage, 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 dès lors que 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'ouvrage. À cette fin, l'autorité contractante vérifie les dépenses liées à l'infrastructure, détermine dans quelle mesure les investissements réalisés par le partenaire privé peuvent être inclus dans la base tarifaire et calcule les recettes devant être générées pour couvrir les dépenses admissibles et dégager le taux de rendement convenu. La méthode du taux de rendement est généralement utilisée pour la fourniture de services publics pour lesquels on peut prévoir une demande constante (approvisionnement en électricité, gaz ou eau, par exemple). Dans le cas d'ouvrages ou de services exposés à une plus grande élasticité de la demande tels que les routes à péage, il n'est pas toujours possible de maintenir le taux de rendement du partenaire privé à un niveau constant par un ajustement régulier des redevances.

45. On a constaté que la méthode du taux de rendement offrait une grande sécurité aux exploitants d'infrastructures, car le partenaire privé est certain que les redevances perçues seront suffisantes pour couvrir ses coûts d'exploitation et dégager le taux de rendement convenu. Étant donné que les redevances sont ajustées régulièrement, ce qui lui permet d'obtenir un taux de rendement pratiquement constant, les investissements dans des sociétés prestataires de services publics présentent un risque de marché limité. De ce fait, les coûts d'investissement sont habituellement plus bas. L'inconvénient éventuel de la méthode du taux de rendement est qu'elle n'incite guère les exploitants d'infrastructures à réduire au minimum leurs coûts, puisqu'ils sont certains de les recouvrer grâce aux ajustements. Toutefois, en n'ajustant pas les redevances immédiatement ou rétroactivement, on peut créer un certain degré d'incitation. On notera que cette méthode requiert une importante quantité d'informations et de longues négociations (concernant, par exemple, les dépenses admissibles et la répartition des coûts).

b) Méthode du plafonnement des prix

46. La méthode du plafonnement des prix consiste à fixer une formule tarifaire 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 la formule. Dans certains pays, cette formule 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, la formule peut inclure un élément additionnel visant à couvrir ces dépenses supplémentaires. La formule peut s'appliquer à tous les services offerts par la société ou à certains groupes de services seulement, et différentes formules peuvent être utilisées pour différents groupes. Le réajustement périodique de la formule 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.

47. La méthode du plafonnement des prix est probablement moins complexe à appliquer que celle du taux de rendement. Comme mesure d'incitation pour les prestataires de services publics, elle est plus efficace car le partenaire privé peut tirer parti d'un niveau de dépenses plus faible que prévu jusqu'à la prochaine période d'ajustement. Par contre, les prestataires de services publics sont généralement exposés à un risque plus élevé qu'avec la méthode du taux de rendement. En particulier, le partenaire privé encourt un risque de perte 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 le rendement de la société de projet ne peut 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.

c) Méthodes hybrides

48. De nombreuses méthodes d'ajustement des redevances actuellement utilisées 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 barèmes variables 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 trouver un équilibre entre la méthode du taux de rendement et celle du plafonnement des prix, examiner les investissements réalisés par le partenaire privé pour s'assurer qu'ils satisfont aux critères d'utilité de manière à être pris en considération dans le calcul du niveau de recettes nécessaire. Une autre méthode d'ajustement pouvant être utilisée pour fixer les redevances, ou plus généralement pour en surveiller le niveau, 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.

iii) *Considérations de politique générale en matière de régulation tarifaire*

49. Chacune des principales méthodes d'ajustement tarifaire examinée ci-dessus présente des avantages et des inconvénients et a une incidence variable sur les décisions du secteur privé en matière d'investissement. Le législateur, l'organisme de réglementation et l'autorité contractante, selon le cas, devraient en tenir compte pour déterminer les mécanismes de régulation tarifaire 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 partenaires privés, selon l'importance et la nature des investissements et des services. Lors du choix d'une méthode, il importera de tenir compte de l'incidence des différentes options de politique générale sur les décisions du secteur privé en matière d'investissement. Quel que soit le mécanisme retenu, il convient d'examiner attentivement si l'autorité contractante ou l'organisme de réglementation est à même de vérifier que le partenaire privé s'acquitte de ses obligations et d'appliquer correctement la méthode d'ajustement (voir aussi chap. I, « Cadre législatif et institutionnel général », par. 30 à 53). Indépendamment de l'intérêt du partenaire privé, l'autorité publique devrait aussi veiller à assurer un niveau adéquat de transparence vis-à-vis des utilisateurs finals dans les PPP concessifs. Le choix de la méthode de régulation devrait être effectué et clairement communiqué rapidement, par exemple dans les études de faisabilité, les critères de présélection ou la sollicitation de propositions, selon le cas, et l'autorité contractante ou l'organisme de réglementation devrait assurer un accès public au processus de tarification et de décision.

50. Il ne faut pas perdre de vue que les formules d'ajustement tarifaire ne peuvent être fixées une fois pour toutes, car la technologie, les taux de change, les salaires, la productivité et d'autres facteurs évoluent inévitablement de façon importante, voire parfois imprévisible, pendant la durée du contrat de PPP. De surcroît, les formules d'ajustement tarifaire 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 permettant une révision périodique (par exemple tous les quatre ou cinq ans) ou une révision au coup par coup des formules tarifaires s'il est avéré que la formule concernée ne permet pas d'assurer une rémunération adéquate au partenaire privé (voir aussi par. 133). Le système tarifaire devra également être suffisamment stable et prévisible pour que les prestataires de services publics et les usagers puissent planifier en conséquence et que le financement puisse se fonder sur un flux de recettes prévisible. Les investisseurs et les prêteurs peuvent craindre plus particulièrement que des modifications apportées à la réglementation aient une incidence sur la méthode d'ajustement tarifaire. C'est

pourquoi ils demandent habituellement que la formule d'ajustement soit incorporée au contrat de PPP.

**b) Paiements par l'autorité contractante**

51. La fonction et la nature des paiements effectués par l'autorité contractante peuvent différer selon le type de PPP. Il peut s'agir de paiements directs pour les services effectivement fournis, de paiements directs pour la mise à disposition d'espace ou de capacité de production, de subventions publiques, ou d'autres formes de transferts financiers dont sont convenus l'autorité contractante et le partenaire privé. Dans les PPP non concessifs, les paiements directs effectués par l'autorité contractante peuvent être l'unique source de revenus du partenaire privé lorsque celui-ci ne facture pas l'utilisateur final de l'infrastructure ou du service (par exemple s'il exploite un ouvrage accessible au public). De même, lorsque le partenaire privé produit des biens qui sont ensuite transmis ou distribués par un autre prestataire de services, l'autorité contractante pourra s'engager à acheter ces biens en gros à un prix et selon des conditions convenus. Dans un PPP de type concessif, par contre, les paiements directs ne constituent pas la source de financement principale du projet, car le partenaire privé génère habituellement des recettes en facturant les usagers finals de l'ouvrage ou les acheteurs des services ou du produit qu'il offre. Néanmoins, dans certains PPP de type concessif, l'autorité contractante ou une autre autorité publique peut s'engager à effectuer directement certains paiements au concessionnaire en remplacement ou en sus des droits perçus des usagers (par exemple sous la forme de « péages virtuels », qui visent à assurer au concessionnaire le flux de recettes anticipé dans les prévisions de déplacements). Dans un cas comme dans l'autre, la situation financière de l'autorité contractante et sa notation par des institutions financières, le cas échéant, sont essentielles pour pouvoir obtenir un financement à un coût adéquat.

52. De nombreux projets de PPP ne pourraient être menés en l'absence de paiements directs, que ce soit parce qu'il n'existe pas de demande directe pour les services ou ouvrages concernés en dehors du secteur public (notamment pour le ramassage des déchets, les établissements correctionnels, ou les stations d'épuration des eaux usées), parce que la demande est insuffisante pour couvrir le coût du projet (par exemple des ponts ou des tunnels situés dans des régions à faible circulation) ou encore parce que l'autorité contractante est le client effectif du secteur privé (par exemple lorsqu'une administration utilise des espaces de bureau construits et gérés par le partenaire privé ou lorsque ce dernier construit et gère un hôpital exploité par le système de santé et de sécurité sociale d'un pays). Dans les PPP de type non concessif, les paiements directs sont versés par l'autorité contractante au partenaire privé. Par conséquent, ce dernier ne supporte pas le risque de demande (le niveau de paiement n'étant pas lié au niveau de la demande), mais uniquement le risque de disponibilité (par exemple le risque qu'il soit dans l'incapacité de fournir les services au niveau convenu dans le contrat de PPP). La position du partenaire privé est différente dans les PPP de type concessif, puisque sa rémunération est alors principalement assurée par les paiements effectués par les usagers de l'ouvrage, ce qui l'expose au risque d'une demande inférieure aux prévisions. Dans un cas comme dans l'autre, le type, le montant et les méthodes de calcul des paiements devraient être axés sur les résultats et compatibles avec le modèle financier établi pendant la phase d'évaluation du projet et lors de l'attribution du marché (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ... ; et chap. III, « Attribution du contrat », par. ...). De plus, pour des raisons de transparence, l'autorité contractante ou, le cas échéant, l'État, peut être tenu de communiquer régulièrement des informations sur les paiements directement effectués au partenaire privé dans le cadre du projet, et de fournir des justificatifs à l'appui, comme des rapports sur les quantités mesurées ou l'évaluation de la performance (voir par. 104 ci-dessous et chap. II « Planification et préparation du projet », par. ...). On trouvera ci-après des exemples des différents arrangements.

i) *Paiements d'avance ou loyers*

53. On utilise souvent les paiements d'avance ou les loyers dans les PPP non concessifs pour lesquels il n'est pas envisagé de demander des redevances aux usagers finals. Dans ces cas, l'autorité contractante paie le partenaire privé pour la construction, la rénovation ou autres travaux effectués dans le cadre du contrat de PPP et, le cas échéant, pour l'exploitation et la gestion de l'ouvrage ou du service, selon les formules retenues dans le contrat. La méthode la plus courante consiste à associer le versement d'un loyer mensuel ou annuel à un calendrier convenu d'étapes dans la construction de l'ouvrage. Une fois que les travaux sont achevés et que l'ouvrage est opérationnel, le contrat prévoit des paiements pour la mise à disposition ou l'usage effectif de l'ouvrage, selon un barème tarifaire défini en fonction de la surface ou autre paramètre physique similaire.

54. Indépendamment du type de PPP, l'autorité contractante devrait examiner de près l'opportunité de verser des paiements d'avance ou des loyers, car ceux-ci inciteront fortement un partenaire privé à soumissionner pour un projet de PPP, et de nombreux investisseurs potentiels peuvent tenir compte de tels paiements dans leurs simulations financières initiales. S'ils peuvent être indispensables dans certains types de PPP non concessifs (notamment lorsque le partenaire privé met un ouvrage à la disposition de l'autorité contractante), dans d'autres projets, notamment de nombreux PPP concessifs, le versement de paiements d'avance peut être contraire à l'objectif même de l'arrangement et éliminer les incitations à l'efficacité dans la construction et l'exploitation de l'ouvrage. Il est conseillé de lier ces paiements aux mécanismes de contrôle des résultats prévus dans le contrat (voir ci-après, par. ... et ...), par exemple par le biais de réductions et de primes pour stimuler la performance. Par ailleurs, étant donné que les paiements peuvent nécessiter des crédits budgétaires préalables et faire l'objet d'audits et d'autres formes de contrôle public, il importe de veiller à ce que la formule soit claire et à ce que les mécanismes et paramètres contractuels de suivi et de mesure de la performance du partenaire privé soient vérifiables et objectifs.

ii) *Paiements en fonction de la capacité et de l'utilisation*

55. Certains projets prévoient l'obligation pour l'autorité contractante d'effectuer des paiements pour compenser le partenaire privé pour la mise à disposition d'un certain service ou d'une certaine capacité d'utilisation. Les paiements en fonction de la capacité et de l'utilisation utilisent généralement des formules basées sur le nombre d'unités de service fournies, multiplié par le prix convenu de chaque unité. Dans les PPP non concessifs, ces paiements constituent l'unique source de rémunération du partenaire privé, ou sont liés à d'autres types de paiements directs effectués par l'autorité contractante (tels que les paiements d'avance ou les loyers). Dans les PPP concessifs, ils visent généralement à compléter un niveau de paiement par les usagers finals qui est inférieur aux estimations contractuelles.

56. Dans le secteur des transports, un exemple bien connu de paiements effectués en fonction de l'utilisation est le mécanisme connu sous le nom de « péage virtuel ». Il s'agit d'un arrangement selon lequel le partenaire privé assume l'obligation de construire, financer et exploiter une route ou autre ouvrage pendant un certain nombre d'années en contrepartie de versements périodiques qui viennent compléter ou remplacer les péages effectivement payés par les usagers. La formule du « péage virtuel » peut être utilisée pour tenir compte des risques propres aux projets réalisés dans le secteur des transports, comme le risque d'une circulation moindre que prévu (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...). En outre, cette formule peut être politiquement plus acceptable qu'un péage proprement dit, par exemple s'il y a lieu de craindre que la perception de péages sur une voie publique 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 (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 4 à 6).

57. La formule du « péage virtuel » (et tout paiement supplémentaire similaire fondé sur une évaluation de l'utilisation) peut entraîner des dépenses substantielles pour l'autorité contractante et exiger une surveillance étroite. Dans les pays qui l'utilisent pour la réalisation de nouveaux projets routiers, les versements effectués au partenaire privé par l'autorité contractante sont calculés essentiellement sur la base de la circulation effective, mesurée en véhicules-kilomètres. Il est jugé souhaitable de prévoir que ces versements ne commenceront que lorsque la route sera ouverte à la circulation, de sorte que le partenaire privé soit encouragé à mettre la route en service le plus vite possible. De même, on a constaté qu'il était utile de calculer le montant des versements sur la base de la circulation effective pendant toute la durée du contrat de PPP, ce qui encourage le partenaire privé à faire en sorte que la circulation soit perturbée le moins possible par des travaux de réparation. À défaut, le contrat de PPP peut contenir une clause pénale ou une clause de dommages-intérêts spécifiés si les travaux de réparation conduisent à fermer des voies de circulation. Le partenaire privé est normalement tenu de faire régulièrement des comptages afin de calculer le nombre de véhicules-kilomètres par an, qui est vérifié périodiquement par l'autorité contractante. Une variante consiste à combiner péages virtuels et 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 représentait le minimum nécessaire à une exploitation rentable de la route.

iii) *Engagements d'achat*

58. Lorsque le partenaire privé exploite un ouvrage qui génère des biens ou des services pouvant être fournis sur le long terme à un acheteur spécifié (par exemple, une centrale électrique indépendante), l'autorité contractante ou une autre autorité publique a souvent l'obligation d'acheter ces biens et services, à un prix convenu. Les contrats de ce type sont habituellement appelés « contrats d'enlèvement ». Ils 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 production d'électricité, par exemple, le contrat d'achat pourra prévoir les droits suivants :

a) *Redevances de capacité.* Ces redevances sont dues quelle que soit la production effective pendant la période de facturation et fixées à un niveau suffisant pour couvrir tous les frais fixes encourus par le partenaire privé 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 taux de rendement. Le paiement des redevances de capacité est souvent subordonné à l'observation de certaines normes de performance ou de disponibilité ;

b) *Redevances de consommation.* Ces redevances ne sont pas censées couvrir l'intégralité des frais fixes du partenaire privé mais plutôt couvrir les frais variables ou marginaux que celui-ci doit assumer pour générer et fournir une unité donnée du service ou du produit visé (par exemple, un kilowattheure d'électricité). Les redevances de consommation sont habituellement calculées de manière à couvrir les frais d'exploitation variables du partenaire privé, comme les dépenses afférentes au combustible consommé pendant l'exploitation de la centrale, les coûts du traitement des eaux usées et le coût des consommables. Les paiements variables sont souvent liés aux frais d'exploitation variables du partenaire privé lui-même ou à un indice reflétant assez fidèlement l'évolution des frais d'exploitation.

59. Du point de vue du partenaire privé, un mécanisme de paiements combinant des redevances de capacité et des redevances de consommation est particulièrement utile pour assurer la couverture de ses frais lorsque la transmission ou la distribution des biens ou services qu'il fournit fait l'objet d'un monopole. Toutefois, les redevances de capacité prévues par un contrat d'enlèvement devraient être fonction des autres

sources auxquelles peut avoir recours l'autorité contractante ou qu'elle utilise effectivement. Pour assurer la disponibilité des fonds dont a besoin l'autorité contractante pour effectuer les paiements prévus dans l'accord d'enlèvement, il est souhaitable 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 chap. II, « Planification et préparation du projet », par ...).

## E. Sûretés

60. La constitution d'une sûreté sur les biens du débiteur donne au créancier titulaire de cette sûreté 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 en priorité sur le produit de la vente du bien en cas de défaillance du débiteur (en plus de cette partie juridique et économique générale, voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par ...). Dans le contexte du financement de projet, les sûretés jouent généralement un rôle défensif ou préventif en garantissant qu'au cas où un tiers acquerrait les opérations du débiteur (par exemple en cas de saisie, de faillite ou directement auprès du débiteur), l'intégralité du produit de la vente de ces actifs sera affectée en priorité au remboursement de l'encours des prêts. Néanmoins, les prêteurs cherchent généralement à obtenir des sûretés qui leur permettent de saisir et de prendre possession d'un projet qu'ils peuvent reprendre et exploiter afin soit de le rendre de nouveau économiquement viable pour le revendre le moment venu, soit de le conserver indéfiniment et percevoir les recettes qu'il produit.

61. Les sûretés sont un élément essentiel du financement des projets d'infrastructure, en particulier lorsque ce financement est structuré selon la modalité du « financement de projet ». Pour un PPP, le dossier comporte habituellement à la fois une sûreté sur les biens corporels liés au projet et une sûreté sur les biens incorporels détenus par le partenaire privé. Certaines des principales conditions auxquelles doit répondre une sûreté pour pouvoir véritablement jouer son rôle sont exposées ci-dessous. On notera cependant que dans certains systèmes juridiques, toute sûreté fournie 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 en autoriser la constitution ; elle doit servir uniquement à faciliter le financement ou l'exploitation du projet ; et elle ne doit pas avoir d'effets sur les obligations contractées par le partenaire privé. Ces conditions découlent souvent de principes de droit généraux ou de la loi et ne peuvent être levées par l'autorité contractante par le biais d'arrangements contractuels.

### 1. Sûretés sur des biens corporels

62. La négociation des sûretés à constituer afin d'obtenir un financement pour le projet peut se heurter à des obstacles juridiques lorsque des biens du projet appartiennent à l'État. Dans nombre de systèmes juridiques, un partenaire privé qui n'a pas de titre de propriété ne sera pas autorisé à grever de tels biens 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 de biens sur lesquels elle peut être constituée ou les types de sûretés qui sont autorisés. Dans certains systèmes juridiques, un partenaire privé auquel a été accordé un bail ou un droit d'utilisation de certains biens peut constituer une sûreté sur ce bail ou sur ce droit d'utilisation.

63. En outre, des sûretés peuvent aussi être constituées lorsque le contrat de PPP 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 constituer une sûreté quelconque sur des biens

appartenant à l'autorité contractante ou devant lui être retournés ou sur des biens sur lesquels elle a contractuellement une option d'achat (voir par. 28), la loi peut subordonner la constitution d'une telle sûreté par le partenaire privé à l'approbation de l'autorité contractante.

## 2. Sûretés sur des biens incorporels

64. Dans un projet d'infrastructure de type concessif, le principal bien incorporel est la concession elle-même, c'est à dire le droit du concessionnaire d'exploiter l'ouvrage ou de fournir les services requis, en facturant les services fournis au public. Dans la plupart des systèmes juridiques, la concession liée au contrat de PPP donne à son titulaire le pouvoir de contrôler l'ensemble du projet et au partenaire privé le droit de conserver les recettes qu'il génère. Ainsi, la valeur de la concession dépasse la valeur globale de tous les biens corporels faisant partie du projet. Comme le partenaire privé a habituellement le droit de posséder tous les biens du projet et d'en disposer (à l'exception, éventuellement, de ceux qui appartiennent à d'autres parties, comme des biens publics en sa possession), la concession englobe habituellement les biens corporels ou incorporels tant existants que futurs. Les prêteurs peuvent par conséquent considérer la concession comme un élément essentiel des arrangements en matière de sûreté négociés avec le partenaire privé. Le nantissement de la concession elle-même peut avoir différents avantages pratiques pour le partenaire privé et les prêteurs, en particulier dans les systèmes juridiques qui, autrement, n'autoriseraient pas la constitution d'une sûreté sur l'ensemble des biens d'une société ou qui ne reconnaissent généralement pas les sûretés sans dépossession (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 10 à 16). Ces avantages peuvent être notamment d'éviter la nécessité de créer une sûreté distincte sur chacun des biens du projet, de permettre au partenaire privé de continuer à utiliser ces biens dans le cours normal de ses affaires et de permettre le nantissement de certains biens sans en transférer la possession effective aux créanciers. De plus, un nantissement de la concession peut permettre aux prêteurs, en cas de manquement du partenaire privé, d'éviter qu'il soit mis fin au projet en reprenant la concession et en confiant la poursuite du projet à un autre partenaire privé. 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 d'intervention des prêteurs (voir par. 162 à 165).

65. 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 biens que le constituant de la sûreté 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. 70 et 71), il se peut que certains systèmes juridiques empêchent le partenaire privé de constituer une sûreté sur la concession elle-même. Certains pays de tradition romano-germanique ont récemment adopté 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 réalisable sur l'ensemble des droits accordés au partenaire privé par le contrat de PPP. Pour protéger l'intérêt général, la loi prévoit cependant que toute mesure prise par les prêteurs pour faire valoir un tel droit est subordonnée au consentement de l'autorité contractante, selon des conditions qui seront définies dans un accord entre cette autorité et les prêteurs. Certains pays de *common law* ont trouvé une solution un peu plus limitée consistant à établir une distinction entre le droit non cessible de mener une certaine activité sous licence de l'État (c'est-à-dire les « droits publics » découlant de la licence) et le droit de réclamer le produit reçu par le titulaire de la licence (c'est-à-dire les « droits privés » de ce dernier).

### 3. Sûretés sur des créances commerciales

66. Une autre forme de sûreté que l'on retrouve souvent dans la plupart des PPP est la cession aux prêteurs de recettes provenant de contrats conclus avec des clients du partenaire privé. Ces recettes peuvent provenir d'un contrat unique (engagement d'achat d'électricité par une société de distribution, ou loyers versés par l'autorité contractante dans un PPP non concessif, par exemple) ou d'un grand nombre de transactions individuelles (règlement mensuel de factures de gaz ou d'eau, par exemple). Dans les PPP de type concessif, ces recettes comprennent généralement les redevances perçues du public pour l'utilisation de l'ouvrage (péages sur une route, par exemple) ou le prix payé par les usagers des biens ou des services fournis par le partenaire privé (redevances d'électricité, par exemple). Elles peuvent également comprendre les recettes de contrats de PPP 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 jouer un rôle clef dans l'émission d'obligations et d'autres effets négociables par le partenaire privé.

67. 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 peuvent être émis par le partenaire privé lui-même, auquel cas les investisseurs qui achètent les titres deviendront ses créanciers, ou bien par un tiers auquel ont été cédées les créances du projet par le biais d'un mécanisme appelé « titrisation ». La titrisation consiste à émettre des titres garantis par les recettes du projet, qui sont gagées pour rembourser le principal et payer les intérêts des titres émis. Les opérations de titrisation conduisent habituellement à créer une personne morale, souvent appelée « véhicule ad hoc », qui est distincte du partenaire privé et spécialement chargée de titriser les biens ou les créances. Le partenaire privé lui cède les créances du projet et elle émet, à son tour, pour les investisseurs des instruments porteurs d'intérêt qui sont garantis par les créances du projet. Les porteurs d'obligations titrisées acquièrent ainsi un droit sur le produit des opérations réalisées entre le partenaire privé et ses clients. Le partenaire privé perçoit les redevances des clients et transfère ces fonds au véhicule ad hoc, lequel les transfère aux porteurs d'obligations titrisées. Certains pays ont récemment promulgué des lois reconnaissant expressément la faculté du partenaire privé de céder les créances du projet à un véhicule ad hoc qui les détient et les gère dans l'intérêt des créanciers du projet. Afin de protéger les porteurs d'obligations contre le risque d'insolvabilité du partenaire privé, il peut être souhaitable d'adopter les mesures législatives nécessaires afin de permettre une séparation juridique du partenaire privé et du véhicule ad hoc.

68. Dans la plupart des cas, il ne serait pas pratique pour le partenaire privé d'individualiser les créances cédées aux créanciers. C'est pourquoi la cession de créances dans le cadre d'un financement de projet prend généralement la forme d'une cession globale de créances futures. Des dispositions reconnaissant la faculté du partenaire privé de gager les recettes provenant de projets d'infrastructure ont été incluses dans la législation de divers pays. Il peut cependant exister une incertitude considérable dans différents systèmes juridiques quant à la validité d'une cession globale des créances présentes et futures. Il importe donc de veiller à ce que les lois nationales sur les sûretés ne portent pas atteinte à la faculté qu'ont les parties de céder effectivement des créances commerciales afin d'obtenir des fonds pour le projet (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 10 à 16).

### 4. Sûretés sur la société de projet

69. Lorsque la concession ne peut être ni cédée ni transférée sans le consentement de l'autorité contractante (voir par. 70 et 71), la loi interdit parfois la constitution d'une sûreté sur les actions de la société de projet. Il convient cependant de noter que la constitution d'une telle sûreté est souvent requise par les prêteurs pour le financement de projet et qu'une interdiction générale de ce procédé peut limiter la

capacité de la société de projet de mobiliser des capitaux. Il peut donc être utile, comme pour les autres formes de sûretés, que la loi autorise les actionnaires du partenaire privé à constituer une telle sûreté, sous réserve de l'approbation préalable de l'autorité contractante, lorsqu'une telle approbation serait requise pour la cession de parts dans la société de projet (voir par. 72 à 76).

## **F. Cession de droits par le partenaire privé**

70. Les concessions liées à des contrats de PPP sont attribuées au regard des qualifications particulières et de la réputation du partenaire privé et, dans la plupart des pays, elles ne sont pas librement cessibles. Les législations nationales, en fait, interdisent souvent toute cession des droits acquis par le partenaire privé après l'attribution du marché sans le consentement de l'autorité contractante. Ces restrictions visent généralement à assurer le contrôle de l'autorité contractante sur les qualifications des exploitants d'ouvrages ou des prestataires de services publics. Certains pays interdisent également toute cession avant que la construction de l'ouvrage ne soit achevée.

71. Certains pays ont jugé utile de mentionner dans la loi les conditions dans lesquelles le transfert d'une concession peut être approuvé avant l'échéance du contrat, par exemple l'acceptation par le nouveau partenaire privé de toutes les obligations prévues dans le contrat de PPP et l'attestation que celui-ci a les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service requis. Des dispositions législatives générales de ce type peuvent être complétées par des dispositions plus précises dans le contrat de PPP, qui délimitent la portée des restrictions et indiquent les conditions dans lesquelles l'autorité contractante peut consentir à la cession. À cet égard, en publiant rapidement le projet de contrat de PPP lors de la phase de soumission, on permettra aux investisseurs potentiels d'être pleinement informés des conditions dans lesquelles le transfert de la concession pourra être approuvé (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. ...). Il convient de noter que les restrictions s'appliquent habituellement à la cession volontaire de ses droits par le partenaire privé et qu'elles n'écartent pas la possibilité d'un transfert forcé 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'un manquement grave du partenaire privé (voir aussi par. ...). En tout état de cause, les restrictions à la cession de droits devraient s'aligner sur celles imposées au transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet (voir par. 72 à 75 ci-dessous).

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

72. L'autorité contractante peut se demander si les membres initiaux du consortium de soumissionnaires resteront engagés pendant toute la durée du projet et si le contrôle effectif de la société de projet ne sera pas transféré à des entités inconnues d'elle. Les partenaires privés sont sélectionnés pour la réalisation de projets d'infrastructure, sur la base, tout au moins en partie, de leur expérience et de la capacité qu'ils ont de mener à bien ce type de projet (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 38 à 40). L'autorité contractante peut donc craindre que si les actionnaires du partenaire privé sont totalement libres de céder leurs investissements dans le projet, il soit impossible de savoir qui fournira en fait les services requis. Par ailleurs, sur le plan pratique, un tel engagement du partenaire privé et du consortium soumissionnaire n'aura de sens que dans la mesure où ceux-ci ont les capacités requises pour satisfaire à leurs obligations.

73. L'expérience dont le consortium retenu a apporté la preuve pendant la phase de présélection et les garanties de bonne exécution fournies par les organisations dont relève le consortium originel et ses sous-contractants peuvent apaiser les craintes de l'autorité contractante. Dans la pratique, toutefois, l'assurance que peut donner l'expérience apparente des actionnaires du partenaire privé ne doit pas être

surestimée. Lorsqu'une personne morale distincte est créée pour réaliser le PPP, ce qui est souvent le cas (voir par. ...), l'appui des actionnaires du partenaire privé au cas où le projet se trouverait en difficulté peut être limité à leur plafond d'engagement. Ainsi, les restrictions imposées à la cessibilité des investissements peuvent ne pas constituer, à elles seules, une protection suffisante contre le risque de défaillance du partenaire privé. En particulier, elles ne sauraient se substituer à l'insertion dans le contrat de PPP de clauses prévoyant des recours contractuels appropriés, notamment la surveillance de la qualité des services fournis (voir par. ...) ou la résiliation sans indemnisation complète en cas d'exécution non satisfaisante (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 44 et 45).

74. Qui plus est, l'imposition de restrictions à la cessibilité des actions d'entreprises de services publics peut également avoir certains inconvénients pour l'autorité contractante. Comme indiqué ci-dessus (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 54 à 67), de nombreux types de financements peuvent être fournis par des investisseurs différents, selon le profil de risque et la rémunération de l'investissement. Les investisseurs initiaux, comme les entreprises de travaux publics ou les fournisseurs de matériel, voudront que les risques plus élevés qu'ils assument soient rémunérés en conséquence, tandis que les investisseurs suivants pourront demander un rendement moindre, proportionnel aux risques moindres qu'ils supportent. La plupart des investisseurs initiaux disposent de ressources limitées et doivent recycler leurs capitaux pour pouvoir participer à de nouveaux projets. Par conséquent, ils peuvent ne pas souhaiter immobiliser leurs capitaux dans des projets à long terme. À la fin de la période de construction, ils préféreront peut-être vendre leur participation à un bailleur de fonds secondaire qui accepte un rendement inférieur. Une fois l'utilisation de l'ouvrage mieux assurée, l'opération pourra être refinancée à nouveau. Toutefois, si on limite la possibilité pour les investisseurs d'investir et de réinvestir dans des projets d'infrastructure en imposant des restrictions à la cessibilité des actions d'une société de projet, on risque d'augmenter le coût du financement et il se peut même que, dans certaines circonstances, un projet ne puisse être financé si certains investisseurs dont la participation peut être cruciale pour son exécution 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 inutilement la liberté des investisseurs de céder leurs intérêts dans des PPP.

75. Pour ces raisons, il peut être souhaitable que la législation limite les restrictions à la cession d'un intérêt majoritaire dans la société de projet à une période donnée (par exemple, à un certain nombre d'années après la conclusion du contrat de PPP, ou après l'achèvement de la phase de construction) ou aux cas où de telles restrictions sont justifiées par des raisons d'intérêt général (par exemple, lorsque l'autorité contractante estime que le maintien de la présence d'un membre donné du consortium, parmi les actionnaires du partenaire privé, est essentiel pour l'exploitation de l'ouvrage ou la fourniture du service conformément aux exigences contractuelles et réglementaires). Un exemple peut être celui d'un partenaire privé en possession de biens publics ou d'un partenaire privé 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 biens de l'État sont confiés à une société solide à laquelle les investisseurs initiaux s'engagent à participer pendant une période raisonnable. Un autre cas dans lequel il pourrait être justifié d'imposer des restrictions à la cession d'actions de sociétés du partenaire privé est celui où l'autorité contractante a intérêt à empêcher que les actions soient cédées à certains investisseurs en particulier. Elle peut souhaiter, par exemple, contrôler l'acquisition d'intérêts majoritaires dans des sociétés de services publics afin d'éviter la constitution d'oligopoles ou de monopoles dans des secteurs déréglementés. Il peut aussi être jugé inapproprié qu'une société qui a fraudé un organisme public soit employée par un autre par le biais d'une filiale nouvellement acquise.

76. Dans ces cas exceptionnels, il peut être souhaitable d'exiger des investisseurs initiaux qu'ils obtiennent le consentement préalable de l'autorité contractante avant de céder leurs parts. Il conviendrait néanmoins de stipuler dans le contrat de PPP que ce consentement ne devra pas être refusé ou retardé sans raison valable. Dans un souci de transparence, il pourrait être aussi souhaitable d'établir les motifs de refus et d'exiger de l'autorité contractante qu'elle motive chacun d'entre eux. La durée appropriée de telles restrictions – que ce soit pour une phase déterminée du projet ou pour toute la durée du contrat de PPP – est une question qu'il faudra peut-être examiner au cas par cas. Dans certains projets, il pourra être possible de relâcher ces restrictions après l'achèvement de l'ouvrage. Il est aussi souhaitable de préciser dans le contrat de PPP si les restrictions éventuelles s'appliquent à la cession de toutes les actions dans le partenaire privé ou si elles ne s'appliquent qu'à un investisseur déterminé (par exemple, une entreprise de travaux publics ou le concepteur de l'ouvrage) pour la durée des travaux ou pour une période allant bien au-delà de la fin des travaux.

## H. Projets de construction

77. Dans la passation de marché traditionnelle, les autorités passant un contrat pour la construction d'un ouvrage jouaient normalement le rôle de l'employeur dans le cadre dudit contrat et exerçaient 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 ou de donner l'autorisation finale d'exploitation. Elles assumaient par conséquent les risques de dépassement de coûts et de délais, et les risques liés aux résultats du projet de construction après son achèvement.

78. Dans les projets de PPP, c'est le partenaire privé qui assume la responsabilité de l'achèvement du projet dans les délais, selon les normes et les coûts précisés dans le contrat de PPP, avec les risques financiers que cela comporte (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...). Par conséquent, le partenaire privé aura intérêt à ce que le projet soit achevé dans les temps et à ce que les estimations de coût ne soient pas dépassées, et négociera généralement des contrats clefs en mains à prix et à délais convenus assortis de garanties de bonne exécution fournies par les entreprises de construction.

79. C'est pourquoi, dans certains pays, les dispositions législatives concernant la construction d'ouvrages dans le cadre d'un PPP se limitent à énoncer en termes généraux l'obligation qu'a le partenaire privé d'exécuter les travaux publics conformément aux dispositions du contrat de PPP. La législation peut conférer à l'autorité contractante le droit général de surveiller l'avancement des travaux afin de veiller au respect des dispositions dudit accord. Dans ces pays, des dispositions plus détaillées sont ensuite élaborées dans le contrat de PPP.

### 1. Examen et approbation des plans de construction

80. Il est souhaitable de mettre au point des procédures dans le contrat de PPP qui tendent 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 partenaire privé et les autorités publiques concernées. Lorsque la loi exige que l'autorité contractante examine et approuve le projet de construction, le contrat de PPP devrait fixer une procédure et un délai pour cet examen et stipuler que le projet est considéré comme approuvé si l'autorité contractante n'a formulé aucune objection dans ce délai. Il peut être également utile de préciser, dans le contrat de PPP, les motifs (sécurité, défense, sûreté, protection de l'environnement ou non-respect des spécifications) que l'autorité contractante peut invoquer pour soulever des objections ou demander la modification du projet.

## 2. Modification de certains aspects de la construction

81. Pendant la construction d'un ouvrage, il n'est pas rare qu'il soit nécessaire ou 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 utiliser dans l'ouvrage ou encore les services liés à la construction qui sont requis compte tenu des spécifications, des dessins et des normes. Ces changements, appelés « modifications » dans le présent *Guide*, consistent généralement dans le changement d'un aspect de la construction par rapport à ce qui était prévu dans les documents contractuels d'origine. Ces modifications sont généralement prévues dans le contrat et n'entraînent pas de modification ou d'avenant à celui-ci. Par ailleurs, elles ne comprennent pas les ajustements de tarifs ou révisions de prix résultant de la variation des coûts ou de la fluctuation des monnaies, ni un changement des conditions de paiement, même si une telle modification peut entraîner un ajustement des prix, selon les conditions prévues dans le contrat de PPP (voir par ...). De même, la renégociation du contrat de PPP en cas d'importants changements de circonstances, d'empêchements exonérateurs ou d'autres raisons (voir par ...) n'est pas considérée dans le *Guide* comme une modification.

82. Étant donné la complexité de la plupart des projets d'infrastructure, il n'est pas impossible qu'il soit nécessaire de modifier les spécifications de l'ouvrage ou d'autres aspects du projet. Toutefois, de telles modifications retardent souvent l'exécution du projet ou la fourniture du service public ; elles risquent aussi de rendre l'exécution du contrat de PPP plus onéreuse pour le partenaire privé. En outre, les frais occasionnés par une modification importante des commandes peuvent excéder la capacité financière du partenaire privé, 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 qu'elle requiert et des spécifications fournies pendant la procédure de sélection (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. ... et ...) est un facteur essentiel si l'on veut éviter d'avoir à modifier ultérieurement le projet.

83. Il faudrait que le contrat de PPP 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 partenaire privé pour couvrir les frais supplémentaires et retards occasionnés par cette modification. Le contrat de PPP devrait également préciser dans quelle mesure le partenaire privé 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 partenaire privé peut être dégagé de ses obligations si le montant des frais supplémentaires occasionnés par la modification dépasse un plafond donné. On notera que les modifications ne sont pas nécessairement demandées par l'autorité contractante. Dans la pratique, elles peuvent aussi résulter d'une suggestion du partenaire privé ayant reçu l'aval de l'autorité contractante et visant, par exemple, à introduire des techniques ou matériaux plus efficaces lors de la construction, à limiter les coûts ou à améliorer la performance. Afin d'encourager les suggestions visant à accroître l'efficacité ou à réduire les coûts, il peut être utile que les parties reconnaissent, dans le contrat de PPP, le droit du partenaire privé de proposer des modifications techniques, sous réserve de l'accord de l'autorité contractante. Par ailleurs, de nombreux pays considèrent qu'il est opportun de soumettre les modifications qui dépassent une certaine valeur individuelle ou cumulative à l'approbation d'une autorité supérieure.

84. À cet égard, plusieurs solutions d'ordre contractuel ont été appliquées dans des contrats de construction de grands ouvrages afin de déterminer la mesure dans laquelle l'entrepreneur est tenu d'effectuer des modifications, ainsi que les ajustements à apporter 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 d'un contrat de PPP<sup>3</sup>. Il faut toutefois noter que, dans les contrats de PPP portant sur une infrastructure, la société de projet est rémunérée sous la forme de droits versés par les usagers ou de montants perçus en échange des produits fournis par l'ouvrage 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 de ces contrats combinent parfois plusieurs éléments allant du versement de sommes forfaitaires à l'augmentation des redevances, en passant par l'extension de la durée du contrat de PPP. Par exemple, certaines modifications entraînent une hausse des coûts que le partenaire privé pourra absorber et financer lui-même et amortir en ajustant les redevances ou le mécanisme de paiement, selon le cas. Si le partenaire privé 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. Dans tous les cas de figure, les parties devront peut-être procéder à une renégociation directe.

### 3. Pouvoirs de surveillance de l'autorité contractante

85. Dans certains systèmes juridiques, les autorités publiques passant un contrat 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 qu'une telle 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. La définition, dans la législation, des événements considérés comme relevant de l'intérêt général, comme les questions environnementales à grande échelle ou la mise en danger de la population située dans la zone où l'ouvrage est en construction, pourra rassurer les investisseurs potentiels à cet égard. Il peut également être utile de fixer une durée maximum de suspension ou de prévoir une indemnisation appropriée du partenaire privé. En outre, des garanties peuvent être données pour assurer l'indemnisation du partenaire privé en cas de pertes occasionnées par la suspension du projet et la restauration de l'équilibre économique et financier du contrat de PPP après la levée de la suspension (voir aussi par. 140 ci-après et chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 48 à 50).

86. 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. ...). 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 qu'il est opérationnel et répond aux spécifications et aux exigences techniques et en matière de sécurité. Même lorsqu'une approbation officielle de l'autorité contractante n'est pas exigée (par exemple, lorsque l'ouvrage reste la propriété du partenaire privé), 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. Le contrat de PPP devrait déterminer précisément la nature des essais 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 d'un essai non concluant ; et les responsabilités pour ce qui est d'organiser les ressources utilisées pour les essais, en particulier en recourant à des ingénieurs indépendants pour les effectuer, et de financer les frais correspondants. Dans certains pays, on a jugé utile d'autoriser l'exploitation de l'ouvrage à titre

<sup>3</sup> Pour un examen des options et solutions possibles retenues dans les contrats d'installations industrielles 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 ».

provisoire en attendant l'approbation finale de l'autorité contractante et de laisser au partenaire privé la possibilité de corriger les vices pouvant être découverts à ce stade.

#### 4. Période de garantie

87. Les contrats de construction négociés par le partenaire privé 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 partenaire privé). D'autres responsabilités peuvent également découler de dispositions législatives ou de principes généraux du droit applicable, telles que la période spéciale de responsabilité prolongée en cas de défauts structurels qui existe dans certains systèmes juridiques. Le contrat de PPP devrait 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

88. Une fois la phase de construction terminée, l'un des risques les plus importants associés à un PPP, à savoir l'inachèvement du projet, cesse d'exister (voir par. 75 et chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...). Il n'est donc pas rare que le contrat de PPP permette aux entreprises de construction de quitter la société de projet à la fin de la première phase (voir par. ...).

89. 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 détaillées dans le contrat de PPP. 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'ouvrage. Un examen approfondi des aspects juridiques relatifs aux conditions d'exploitation des ouvrages dépasserait le cadre du présent Guide. C'est pourquoi seuls quelques-uns des principaux aspects sont brièvement présentés dans les paragraphes qui suivent.

90. Les dispositions réglementaires concernant l'exploitation d'ouvrages et les conditions fixées par la loi pour la fourniture de 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 la durée du contrat de PPP. Par conséquent, les changements qui sont demandés par l'autorité contractante ou autrement convenus par les parties au stade de l'exploitation peuvent être plus profonds qu'au stade de la construction. Ils seront particulièrement importants et détaillés dans les projets dans le cadre desquels le partenaire privé fournit des biens ou des services aux usagers finals, par exemple dans un PPP de type concessif. Il ne faut toutefois pas oublier que le secteur privé a besoin d'un cadre réglementaire stable et prévisible. Le fait de modifier la réglementation ou d'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 à la réglementation (voir par. 131 à 134), les organismes de réglementation ou l'État, selon le cas, n'en ont pas moins tout intérêt à éviter d'adopter trop de règles ou de modifier trop fréquemment celles qui sont en vigueur.

#### 1. Normes techniques et de service

91. 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 loi et peuvent être incluses dans des décrets d'application, des réglementations ou d'autres instruments. La législation peut toutefois énoncer les principes de base qui orienteront la formulation de normes détaillées ou exiger le respect de normes internationales telles que les Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale<sup>4</sup> (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. ...). Les normes de service sont souvent décrites en détail dans les exigences communiquées par l'autorité contractante aux soumissionnaires pendant la procédure d'attribution du contrat (voir chap. III, « Attribution du marché », par. ...) et ensuite reprises dans le contrat de PPP. 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 l'environnement, la société, le travail, la santé et la sécurité.

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

## 2. Extension des services

93. Dans certains systèmes juridiques, une entité qui, dans le cadre d'un contrat de PPP, 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 a l'obligation d'avoir des installations qui lui permettent raisonnablement de satisfaire la demande de la collectivité ou du territoire en question. Cette obligation se rapporte souvent non seulement à la demande initiale au moment où le contrat de PPP a été attribué, mais implique également de s'adapter à 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, il s'agit d'une obligation légale ou contractuelle que peuvent faire respecter l'autorité contractante ou un organisme de réglementation, selon le cas.

94. Dans certains systèmes juridiques, cette obligation n'est ni absolue ni illimitée. Le devoir qu'a le partenaire privé 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 qui peuvent en être escomptées ; la situation financière du partenaire privé ; l'intérêt général que présente l'extension ; et l'étendue des obligations assumées à cet égard par le partenaire privé au titre du contrat de PPP. Dans certains systèmes juridiques, le partenaire privé peut être tenu de développer ses installations même si l'extension en question n'est pas rentable dans l'immédiat ou même si, du fait de l'extension, le territoire desservi par le partenaire privé risque à terme d'inclure des zones non rentables. Cette obligation est néanmoins soumise à certaines restrictions, puisque le partenaire privé 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 partenaire privé, répercuté sur les clients ou usagers finals 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 qui peuvent devoir être pris en considération pour évaluer le caractère raisonnable d'une extension donnée, le contrat de PPP

<sup>4</sup> Société financière internationale, Normes de performance, 2012, disponibles à l'adresse <https://www.ifc.org/>.

devrait définir les circonstances dans lesquelles le partenaire privé 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

95. Les prestataires de services publics sont également tenus d'assurer la continuité du service fourni dans la plupart des circonstances, sauf lorsque surviennent des événements exonérateurs bien définis (voir aussi par. ...). Dans certains systèmes juridiques, il s'agit d'une obligation légale qui s'applique même lorsqu'elle n'est pas expressément stipulée dans le contrat de PPP. 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 partenaire privé 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 partenaire privé à reprendre sa prestation en cas d'interruption illégale.

96. Cette obligation doit, elle aussi, revêtir un caractère raisonnable. Plusieurs systèmes juridiques reconnaissent au partenaire privé le droit de recevoir une indemnisation équitable s'il doit fournir ses services dans des situations difficiles (voir par. ...). 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 partenaire privé peut prétendre à une indemnité directement versée par l'autorité contractante ou être fondé à résilier le contrat de PPP. 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 le contrat de PPP quelles circonstances exceptionnelles justifieront la suspension du service, voire libéreront le partenaire privé des obligations qu'il a souscrites au titre du contrat de PPP (voir par. ... ; voir aussi chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 34).

### 4. Égalité de traitement des clients ou usagers

97. 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), ces variations doivent en principe être proportionnelles aux différences.

98. Outre les distinctions établies par le partenaire privé 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 tarification réduite 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 croisées provenant d'autres services rentables (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 42 à 44 et chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. ...).

## 5. Raccordement et accès aux réseaux d'infrastructure

99. 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 le contrat de PPP 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 demeureraient pleinement ou partiellement intégrés (pour une brève analyse de la structure des marchés, voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 21 à 46).

100. 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 qu'un nouvel arrivant ou prestataire de services peut utiliser l'infrastructure de l'exploitant à des conditions au moins aussi favorables que celles 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'équitables.

101. Si la tarification de l'accès se fonde généralement sur les coûts, les organismes de réglementation conservent souvent le droit de contrôler les redevances d'accès afin de s'assurer qu'elles sont suffisamment élevées pour inciter à investir dans l'infrastructure nécessaire et suffisamment basses pour permettre aux nouveaux arrivants 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 tiers, du réseau ou d'éléments de ce dernier.

102. Les conditions techniques d'accès peuvent être tout aussi déterminantes et il peut être demandé aux exploitants d'adapter leur réseau pour satisfaire aux exigences d'accès des nouveaux arrivants. L'accès peut être accordé à l'ensemble du réseau ou à des éléments ou segments monopolistes de ce dernier (également appelés, parfois, installations névralgiques 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 pourra n'avoir besoin d'accéder qu'à une petite partie du réseau et ne pourra 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. Obligations d'information et de transparence

103. De nombreuses législations nationales font obligation aux prestataires de services publics de 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.

104. 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 du partenaire privé et ses filiales, car celle-ci peut tenter de transférer des bénéfices vers des entreprises non réglementées ou vers des filiales étrangères. Par ailleurs, les exploitants d'infrastructures peuvent aussi être tenus 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 en ce qui concerne la portée et la nature des renseignements demandés aux exploitants d'infrastructures. En outre, il convient de prendre des mesures appropriées pour préserver le secret de toute information confidentielle que le partenaire privé et ses filiales pourraient fournir à l'organisme de réglementation. Si le partenaire privé peut être tenu de fournir certaines informations à cet organisme ou à l'autorité contractante, les autorités contractantes peuvent elles aussi être tenues de divulguer certains éléments de l'évaluation de la performance, dans un souci de transparence et pour montrer que les paiements fondés sur la performance versés au partenaire privé sont justifiés (voir par. 52, ainsi que chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ..., et chap. III, « Attribution du contrat », par. ...).

## **7. Pouvoirs conférés au partenaire privé pour faire respecter les obligations**

105. Dans les pays où l'attribution de contrats de PPP pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, le partenaire privé peut avoir le pouvoir de fixer des règles destinées à faciliter la fourniture du service (par exemple, instructions destinées aux usagers ou 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 des dispositions législatives générales, voire une autorisation du législateur au cas par cas. Toutefois, l'étendue des pouvoirs ainsi délégués étant généralement définie dans le contrat de PPP, il ne sera peut-être pas nécessaire de la déterminer avec précision dans la législation. Il serait souhaitable de prévoir que les règles établies par le partenaire privé prennent effet dès lors qu'elles ont été approuvées par l'organisme de réglementation ou l'autorité contractante, selon le cas. Le droit d'approuver les règles de fonctionnement proposées par le partenaire privé ne devrait toutefois pas être arbitraire et celui-ci devrait être habilité à faire appel d'une décision de refus d'approbation (voir aussi chap. I, « Cadre législatif et institutionnel général », par. 49 et 50).

106. Il importe particulièrement de savoir si le partenaire privé peut interrompre la fourniture du service en cas de défaillance ou de non-respect des obligations de la part des usagers, malgré son obligation générale d'assurer la continuité du service (voir par. ... et ...). 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, certains systèmes juridiques exigeront que l'exercice de ce droit soit consacré dans la loi. Celui-ci peut également être soumis à plusieurs restrictions ou conditions expresses ou implicites, telles que l'obligation de notification et l'exercice par les consommateurs de certaines voies de droit. D'autres restrictions et conditions peuvent découler de l'application des règles générales de protection des consommateurs (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 45 et 46).

## J. Arrangements contractuels généraux

107. La présente section examine les arrangements contractuels qui figurent généralement dans les contrats de PPP 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-contrats

108. En raison de la complexité des projets d'infrastructure, le partenaire privé s'assure généralement les services d'une ou plusieurs entreprises de construction qui exécutent en tout ou en partie les travaux dans le cadre du contrat de PPP. Il 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 partenaire privé le droit de conclure les contrats nécessaires à l'exécution des travaux de construction. Une disposition législative lui reconnaissant le droit de sous-contracter peut s'avérer particulièrement utile dans les pays où la possibilité pour les entrepreneurs publics de conclure des sous-contrats est restreinte. Selon le type d'ouvrage construit ou géré dans le cadre du contrat de PPP, l'autorité contractante pourra souhaiter savoir qui est présent sur les chantiers sur lesquels des travaux sont réalisés pour son compte ou sur lesquels des entrepreneurs fournissent des services, ou dans les bâtiments, infrastructures ou zones (tels que les mairies, écoles municipales, installations sportives, ports ou autoroutes) dont elle est responsable ou sur lesquels elle a un contrôle.

#### a) Choix des sous-contractants

109. Dans certains pays, la liberté laissée au partenaire privé d'engager des sous-contractants est limitée par des règles qui prescrivent le recours à des appels d'offres et à des procédures similaires pour l'octroi de sous-contrats par les prestataires de services publics. Ces règles 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 mesurée, rationnelle, intègre et transparente des fonds publics. Toutefois, elles risquent de décourager les investisseurs potentiels dans le cas des PPP, car les promoteurs du projet pourraient juger qu'elles sont trop contraignantes ou limitent la latitude dont ils disposent pour engager des sous-contractants.

110. Que de telles restrictions soient ou non expressément prévues, la latitude dont dispose le partenaire privé pour sélectionner des sous-contractants n'est pas illimitée. Une obligation de divulgation par l'entrepreneur principal des informations relatives aux sous-contractants est toujours applicable, que ce soit lors du processus d'appel d'offres ou pendant la phase de construction. Dans certains pays, le partenaire privé doit indiquer dans sa proposition les entrepreneurs qui seront retenus, et donner des informations sur leurs capacités techniques, leur situation financière et leur gouvernance d'entreprise (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. ...). D'autres pays exigent que ces informations soient fournies au moment de la conclusion du contrat de PPP ou soumettent ces contrats à un examen et une approbation préalables de l'autorité contractante. La transparence dans la chaîne d'attribution de sous-contrats sert plusieurs objectifs. L'autorité contractante a intérêt à connaître les sous-contractants et à avoir l'assurance qu'ils respecteront les obligations applicables dans les domaines du droit de l'environnement, du droit social, du droit du travail et des mesures réglementaires ordonnées par les organismes d'inspection du travail ou de protection de l'environnement. La divulgation d'informations sur les sous-contractants permettra également à l'autorité contractante de vérifier que ceux-ci ne se trouvent eux-mêmes dans aucune des situations qui auraient empêché le partenaire privé de soumissionner pour le contrat de PPP. Les entreprises empêchées

de soumissionner pour des marchés publics (par exemple, en raison de violations des lois contre la corruption ou le blanchiment d'argent, voir chap. III, « Attribution du contrat », par. ...) ne pourront ainsi pas contourner ces restrictions pour bénéficier illégalement d'un marché public. La transparence dans la chaîne d'attribution de sous-contrats contribuera également à prévenir les conflits d'intérêts entre l'autorité contractante et les sous-contractants, par exemple lorsque des personnes ou entreprises ayant des relations douteuses avec des agents de l'autorité contractante détiennent des actions ou autres intérêts dans un sous-contractant. Il peut aussi y avoir des conflits d'intérêts entre la société de projet et ses actionnaires, aspect qui devrait normalement intéresser 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 sous-contrats conclus par la société de projet, le contrat de PPP 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, le pouvoir de contrôle délégué à l'autorité contractante devrait être limité et l'approbation ne devrait normalement pas être refusée sauf s'il apparaît que les sous-contrats contiennent des dispositions manifestement contraires à l'intérêt général (par exemple, dispositions prévoyant une rémunération excessive des sous-contractants ou une limitation abusive de la responsabilité, preuve de corruption) ou que les sous-contractants ne respectent pas les règles impératives de droit public applicables à l'exécution des PPP dans le pays hôte (comme les dispositions nationales ou internationales du droit de l'environnement, du droit social et du droit du travail). En d'autres termes, il importe que toute limitation imposée à l'autorité publique quant au choix du partenaire privé s'applique également au choix des sous-contractants par le partenaire privé.

#### **b) Droit applicable**

111. Le partenaire privé et ses entrepreneurs 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 partenaire privé, de son côté, pourra accepter l'application du droit du pays hôte aux contrats conclus avec des clients locaux.

112. Il est rare que la législation interne spécifique aux PPP contienne des dispositions relatives au droit applicable aux contrats conclus par le partenaire privé. 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 partenaire privé et ses entrepreneurs. Par conséquent, dans la plupart des pays, ces contrats sont régis par le droit applicable choisi par les parties dans 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 autres types de relations juridiques qui ne sont pas qualifiés de commerciaux, comme 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. Le choix

d'une loi étrangère dans les contrats conclus entre le partenaire privé et ses sous-contractants ne saurait les dispenser de l'obligation de se conformer aux lois impératives du pays régissant la construction ou l'exploitation de l'ouvrage (telles que les lois et règlements en matière d'environnement, de travail, de sûreté ou de sécurité).

113. Certains pays ont inclus dans leur droit interne des dispositions tendant à préciser que les contrats conclus entre le partenaire privé et ses entrepreneurs sont régis par le droit privé et que lesdits entrepreneurs 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-contractants, et l'organisme public responsable n'a aucune obligation d'indemnisation en cas de maladie ou d'accident du travail ou de décès des employés des sous-contractants.

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

114. La construction ou l'exploitation défectueuse d'un ouvrage peut entraîner des lésions corporelles ou le décès d'employés du partenaire privé, d'usagers de l'ouvrage ou de tiers, ou endommager leur bien. Les questions relatives aux dommages-intérêts à verser aux tiers dans ces cas sont complexes et sont souvent régies non par les règles du droit applicable au contrat de PPP régissant la responsabilité contractuelle, mais plutôt par les règles juridiques applicables régissant la responsabilité extracontractuelle, ces dernières étant souvent impératives. Par ailleurs, certains systèmes juridiques comprennent des règles impératives spéciales régissant la responsabilité extracontractuelle des organismes publics auxquelles l'autorité contractante peut être soumise, en particulier lorsque le PPP relève du service public. En outre, le contrat de PPP ne peut pas limiter l'obligation qu'a le partenaire privé ou l'autorité contractante d'indemniser des tiers qui ne sont pas parties au contrat. Il est donc souhaitable que l'autorité contractante et le partenaire privé prévoient la répartition interne des risques entre eux s'agissant des dommages-intérêts à verser à des tiers en cas de décès, de lésions corporelles ou d'endommagement de leur bien, dans la mesure où cette répartition n'est pas régie par des règles impératives. Il est également souhaitable que les parties prévoient une assurance contre ces risques (voir par. 128 et 129).

115. Si un tiers est blessé ou si son bien est endommagé du fait de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage et s'il porte plainte contre l'autorité contractante, la loi peut prévoir que le partenaire privé endosse seul une responsabilité à cet égard et que l'autorité contractante n'endosse aucune responsabilité vis-à-vis de telles plaintes de tiers, sauf si le dommage a été causé par un manquement grave ou une négligence de sa part. Il pourra être utile de prévoir, en particulier, que le simple fait que l'autorité contractante approuve la conception ou les spécifications de l'ouvrage ou les travaux de construction, ou donne son autorisation finale en vue de l'exploitation de l'ouvrage ou de son utilisation par le public, ne signifie pas que celle-ci assume 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 les dispositions concernant la répartition des responsabilités peuvent ne pas être opposables aux tiers en vertu du droit applicable, il peut être souhaitable que le contrat de PPP stipule que l'autorité contractante sera protégée et indemnisée en cas d'action en dommages-intérêts intentée par des tiers victimes de lésions corporelles ou de dommages causés à leur bien résultant de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage.

116. Le contrat de PPP devrait également stipuler que les parties devront se tenir mutuellement informées de toute action ou procédure, en cours ou prévue, intentée contre elles et pour laquelle l'autorité contractante a le droit d'être indemnisée, et 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 exécution et assurance

117. Les obligations du partenaire privé sont généralement complétées par la fourniture d'une forme quelconque de garantie de bonne exécution en cas de manquement et d'une couverture d'assurance contre un certain nombre de risques liés à la phase de construction (voir par. ...) et à la phase d'exploitation (voir par. ...). Dans certains pays, la législation exige généralement que le partenaire privé fournisse des garanties de bonne exécution suffisantes et renvoie, pour le détail, au contrat de PPP. Dans d'autres, elle 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 exécution

118. Les garanties de bonne exécution sont généralement de deux types. Selon le premier – la garantie de bonne exécution monétaire –, le garant s'engage uniquement à verser à l'autorité contractante des fonds jusqu'à un certain montant pour liquider les responsabilités du partenaire privé en cas de défaillance de ce dernier. Les garanties de bonne exécution monétaires peuvent prendre la forme d'une obligation contractuelle, d'une lettre de crédit stand-by ou d'une garantie sur demande<sup>5</sup>. Selon le second – la garantie de bonne fin –, le garant choisit l'une des deux options suivantes : 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 et indemnise 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 fin, 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. Ces garanties sont généralement accordées par des organismes spécialisés tels que des compagnies de garantie et d'assurance. Un type particulier 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 partenaire privé et à ses frais.

119. S'agissant de leur nature, les garanties de bonne exécution peuvent être généralement divisées en garanties indépendantes et en garanties accessoires. Une garantie est dite « indépendante » si l'obligation du garant est indépendante des obligations contractées par le partenaire privé au titre du contrat de PPP. 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 clauses 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 manqué à ses obligations. 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 bien 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 implique davantage que le simple examen d'une demande documentaire de paiement, en ce que le garant peut avoir à évaluer des preuves de la responsabilité de l'entrepreneur pour une défaillance au titre du contrat de travail. La nature du lien peut varier selon les

<sup>5</sup> Pour plus d'informations sur les garanties sur demande, voir Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD 758), telles que révisées en 2010 et approuvées par la Commission à sa quarante-quatrième session ; *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17)*, par. 247 à 249.

garanties et il peut s'avérer nécessaire de prouver la responsabilité de l'entrepreneur dans le cadre d'une procédure d'arbitrage. De par leur nature, les garanties de bonne fin ont un caractère accessoire au contrat sous-jacent.

**b) Avantages et inconvénients des différents types de garantie de bonne exécution**

120. Du point de vue de l'autorité contractante, les garanties de bonne exécution monétaires peuvent être particulièrement utiles pour couvrir les coûts supplémentaires qu'elle peut encourir en cas de retard ou de manquement du partenaire privé. Ces garanties peuvent également servir à inciter ce dernier à achever la construction dans les temps et à s'acquitter de ses autres obligations conformément aux dispositions du contrat de PPP. Cependant, leur montant ne représente généralement qu'une fraction de la valeur économique de l'obligation garantie et ne suffit habituellement pas pour couvrir le coût de l'exécution des travaux par un tiers en lieu et place du partenaire privé ou de ses entrepreneurs.

121. 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 avoir à prouver la défaillance de l'entrepreneur ni l'ampleur de la perte du bénéficiaire. De surcroît, les garants offrant des garanties de bonne exécution monétaires, en particulier les banques, préfèrent les 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 partenaire privé quant à savoir s'il y a eu ou non défaillance au titre du contrat de PPP. Un autre avantage, pour une banque émettant une garantie à première demande, est la possibilité de recouvrer rapidement et de manière efficace les sommes versées au titre d'une telle garantie en accédant directement aux biens du partenaire privé.

122. 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 partenaire privé étant généralement obligé d'obtenir et de conserver d'importantes contre-garanties en faveur des institutions émettant la garantie à première demande ou la lettre de crédit stand-by. Par ailleurs, un partenaire privé qui fournit 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 de sa part. Or, le coût de cette assurance est inclus dans le coût du projet. Le partenaire privé peut également inclure dans le coût du projet le coût potentiel de toute action qu'il pourrait avoir à intenter contre l'autorité contractante pour obtenir le remboursement de la somme injustement réclamée.

123. L'un des inconvénients, pour le partenaire privé, 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 de sa part, il subira une perte immédiate si le garant ou l'émetteur de la lettre de crédit se rembourse sur ses biens après paiement à l'autorité contractante. Le partenaire privé peut également éprouver des difficultés à recouvrer auprès de l'autorité contractante la somme injustement réclamée.

124. Les conditions d'une garantie accessoire exigent généralement du bénéficiaire qu'il prouve la défaillance de l'entrepreneur et l'ampleur de la perte subie. De plus, les moyens de défense dont dispose le débiteur, s'il est poursuivi en justice pour défaillance, sont aussi accordés au garant. En conséquence, l'autorité contractante risque de faire face à un différend prolongé si elle fait valoir 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 que celle prévue au paragraphe j) i) de l'article 7 des Règles uniformes pour les « contract bonds » établies par la Chambre de commerce internationale<sup>6</sup>. Ce paragraphe prévoit que

<sup>6</sup> Le texte des Règles uniformes pour les « contract bonds » est reproduit dans le document [A/AC.9/459/Add.1](#).

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 partenaire privé.

125. En conséquence du moindre risque supporté par le garant, la limite monétaire de responsabilité de ce dernier 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 le contrat de PPP. Une garantie de bonne fin 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'un tiers pour ce faire. Lorsque, cependant, la construction nécessite de recourir à une technologie connue du seul partenaire privé, la rectification des défauts ou l'achèvement des travaux par un tiers peut ne pas être envisageable. Dans ce cas, une garantie de bonne fin peut ne pas présenter le dernier avantage mentionné par rapport à une garantie de bonne exécution monétaire. Pour le partenaire privé, les garanties accessoires ont l'avantage de préserver sa capacité d'emprunt car, à la différence des garanties à première demande et des lettres de crédit stand-by, elles n'affectent pas la ligne de crédit qui lui a été accordée par les prêteurs.

126. Il découle de ce qui précède que différents types de garantie peuvent être utiles en fonction des obligations assumées par le partenaire privé. S'il est utile d'exiger de ce dernier qu'il fournisse des garanties suffisantes de bonne exécution, il est souhaitable 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 partenaire privé 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 exécution (voir par. 109 et 110) et que la souscription de garanties supplémentaires au profit de l'autorité contractante entraîne généralement une hausse du coût global et de 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.

### c) Durée des garanties

127. Un problème particulier des PPP a trait à la durée de la garantie. L'autorité contractante peut avoir intérêt à obtenir des garanties de bonne exécution qui demeurent valables pendant toute la durée du projet, couvrant les phases tant de construction que 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 fin 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 lorsqu'il est stipulé que le non-renouvellement d'une garantie de bonne fin constitue un motif d'appel à la garantie, de sorte que le simple fait d'autoriser la société de projet à fournir 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. L'autorité contractante peut aussi envisager d'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 vices cachés. Une telle garantie pourrait ensuite être remplacée par une garantie de bonne fin pour un certain nombre d'années d'exploitation, de façon à permettre à la société de projet de démontrer son aptitude à exploiter l'ouvrage conformément aux normes spécifiées. En cas d'exécution satisfaisante, l'exigence de garantie pourrait être levée pour le reste de la phase d'exploitation jusqu'à une certaine date précédant la fin du contrat de PPP, 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 biens et, lorsqu'il y a lieu, aux autres mesures nécessaires à une liquidation ordonnée du projet (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 50 à 62).

#### **d) Dispositions en matière d'assurance**

128. Les dispositions en matière d'assurance prises en relation avec un PPP varient généralement en fonction de la phase à laquelle elles s'appliquent, certains types d'assurance n'étant souscrits que pendant une phase particulière du projet. Certaines formes d'assurance, telles que l'assurance pour interruption d'activités, peuvent être souscrites par le partenaire privé dans son propre intérêt, tandis que d'autres 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 accidents de travail et l'assurance contre la pollution et les atteintes à l'environnement.

129. 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 des 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 partenaire privé peut rester exposé à divers 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**

130. Les PPP portent en général sur une longue période, pendant laquelle de nombreuses circonstances associées au projet peuvent changer. Les conséquences de nombre de ces changements peuvent être automatiquement prises en compte par le contrat de PPP, soit que l'on prévoie des arrangements financiers tels qu'une structure tarifaire comportant une clause d'indexation (voir par. 43 à 50), soit que l'on fasse 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 partenaire privé). Toutefois, certains changements ne pourront peut-être pas être intégrés dans un mécanisme d'ajustement automatique, ou les parties pourront préférer exclure la possibilité d'un tel ajustement et se garder le droit de modifier le contrat d'un commun accord lorsqu'elles conviennent que les circonstances l'exigent. Si l'on considère généralement comme une bonne pratique le fait d'inclure, dans le contrat de PPP, des mécanismes d'ajustement à long terme évitant de devoir renégocier le contrat, il n'est pas conseillé au législateur de chercher à dresser une liste de toutes les circonstances

appelant un ajustement automatique du contrat. Les points a) et b) ci-dessous renvoient à des situations qui entraînent souvent une modification contractuelle, que celle-ci résulte ou non d'un mécanisme automatique (ajustement) ; d'une négociation entre les parties (avenant) ; ou d'un mécanisme externe, comme le règlement des litiges (adaptation). Sur le plan législatif, deux catégories particulières de changements doivent faire l'objet d'une attention particulière : les changements d'ordre législatif ou réglementaire et les changements imprévus de la conjoncture économique.

**a) Changements législatifs et réglementaires**

131. Étant donné la durée des PPP, le partenaire privé peut, pour satisfaire aux obligations qu'il a contractées dans le cadre du contrat de PPP, être tenu d'engager des dépenses supplémentaires en raison de changements futurs imprévus de la législation s'appliquant à ses activités. Dans le cas extrême, la législation peut même 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 PPP ou sur un projet particulier, d'une part, et les changements législatifs généraux qui touchent également d'autres activités économiques en dehors de l'exploitation des infrastructures, d'autre part.

132. 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 de biens, qu'ils soient détenus par le secteur public ou par le secteur privé et liés ou non à des projets d'infrastructure ; réglementation 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 partenaire privé, 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 particulièrement vrai lorsque le PPP est entrepris par une autorité locale qui n'est pas placée sous le contrôle direct du gouvernement central, qui conserve le pouvoir de réglementer le secteur concerné. C'est pourquoi il n'y a pas, à première vue, de raison pour que le partenaire privé 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.

133. Lorsque le contrat de PPP prévoit des mécanismes de régulation tarifaire, le partenaire privé 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 partenaire privé le dédommagement auquel il peut avoir droit si les mesures de régulation tarifaire ne l'autorisent pas à compenser pleinement une augmentation des coûts résultant de changements législatifs généraux. Il est recommandé d'inclure un tel scénario économique et financier dans les documents de préparation établis lors de la phase de planification (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...) et dans le document contractuel.

134. Il en va autrement lorsque le partenaire privé voit ses coûts augmenter en raison de changements dans la législation qui visent le projet qui le concerne, une catégorie de projets analogues ou les PPP en général. 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 le contrat de PPP a été négocié. Aussi l'autorité contractante accepte-t-elle souvent de supporter les coûts supplémentaires résultant d'une législation qui vise le projet considéré, une catégorie de projets analogues ou les PPP en général. Par exemple, dans les projets d'autoroutes, la législation visant un projet ou une société d'exploitation routière en particulier, ou encore la catégorie de projets routiers exploités par une entreprise privée, peut entraîner un ajustement des redevances au titre des clauses pertinentes du contrat de PPP. Lorsque le PPP implique un investissement étranger, le partenaire privé peut éventuellement aussi invoquer les mécanismes de règlement des litiges prévus dans tout traité applicable relatif à la promotion ou à la protection des investissements (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. ...).

#### **b) Changements de la conjoncture économique**

135. Dans certains systèmes juridiques, des règles autorisent une modification du contrat de PPP 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 plus risquée sur le plan financier que ce qui avait été prévu au moment de la conclusion du contrat de PPP. Dans certains systèmes juridiques, la possibilité d'une modification des clauses contractuelles est généralement implicite dans tous les contrats publics, ou est expressément prévue dans la législation pertinente. Dans certains pays, une modification du contrat peut aussi être ordonnée par un tribunal. Il importe toutefois de veiller à ce que l'autorité contractante ne se retrouve pas à devoir assumer une responsabilité illimitée en raison de principes juridiques généraux de ce genre.

##### *i) Circonstances conduisant à la modification du contrat*

136. Les considérations financières et économiques pour l'investissement du partenaire privé sont négociées à la lumière d'hypothèses fondées sur les circonstances prévalant au moment des négociations et des attentes raisonnables des parties sur l'évolution probable de ces circonstances pendant la durée de 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 le scénario économique et financier contenu dans le dossier de soumission publié par l'autorité contractante et dans le traitement des propositions financières présentées par les soumissionnaires (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 68). Cependant, il peut se produire certains événements que les parties n'auront pas pu raisonnablement anticiper lors de la négociation du contrat de PPP et qui, s'ils avaient été pris en considération, auraient entraîné une répartition différente des risques ou une contrepartie différente pour l'investissement du partenaire privé. 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 tels événements. Un certain nombre de pays appliquent donc des règles prévoyant la modification des contrats et jugent utile d'aider les parties à trouver des solutions équitables pour assurer la viabilité économique et financière, dans le temps, des projets d'infrastructure afin d'éviter une défaillance du partenaire privé qui pourrait avoir des effets négatifs. Toutefois, ces règles peuvent aussi présenter quelques inconvénients, en particulier du point de vue des pouvoirs publics.

137. 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 partenaire privé en cas de changement de la conjoncture économique, le secteur public risque de se voir transférer une partie considérable des risques commerciaux qui sont initialement alloués au partenaire privé et 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 partenaire privé (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...). Si l'on ouvre trop largement la voie à la renégociation du projet, on encourage certains à soumettre des propositions excessivement basses 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 pour ce qui est des modifications susceptibles d'être apportées au contrat de PPP en cas de changement de la conjoncture économique qui sont autorisées par les dispositions législatives ou contractuelles.

138. Il peut être souhaitable de prévoir dans le contrat de PPP qu'un changement de circonstances qui justifie une modification dudit contrat doit avoir échappé au contrôle du partenaire privé et être d'une nature telle que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de celui-ci qu'il le prenne en considération au moment de la négociation du contrat ou qu'il en évite ou surmonte les conséquences. Ainsi, on ne pourra pas nécessairement attendre de l'exploitant d'une route à péage détenteur d'une concession exclusive qu'il prenne en considération et assume le risque d'une diminution du trafic routier résultant de l'ouverture ultérieure d'une autre route – sans péage celle-ci – par une entité autre que l'autorité contractante. Par contre, le partenaire privé devra normalement envisager la possibilité d'une augmentation raisonnable des coûts de main-d'œuvre au cours du cycle de 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 modifier le contrat de PPP.

139. Il peut aussi être souhaitable de prévoir, dans le contrat de PPP, que pour qu'une modification dudit contrat soit acceptée, il faut que les changements allégués des conditions économiques et financières représentent une certaine valeur minimale, proportionnelle au coût total du projet, tel que défini dans le dossier de soumission (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. ...), ou aux recettes du partenaire privé. Une telle règle peut être utile pour éviter les négociations complexes pour de petits changements, en attendant que les changements accumulés représentent un chiffre important. Dans certains pays, des règles fixent un plafond pour le montant cumulatif des révisions périodiques du contrat de PPP. Elles ont pour but d'éviter un recours abusif au mécanisme de changement en vue d'obtenir un équilibre financier général qui est sans rapport avec celui qui était envisagé dans le contrat initial. Du point de vue du partenaire privé et des prêteurs, toutefois, de telles restrictions peuvent représenter un risque considérable en cas, par exemple, d'augmentation sensible des coûts résultant de profonds changements des circonstances. Il faut donc examiner avec soin à la fois l'opportunité d'introduire un tel plafond et le niveau auquel celui-ci doit être fixé.

ii) *Étendue des modifications contractuelles admises*

140. Les autorités contractantes devraient avoir la possibilité de prévoir de modifier un contrat de PPP dans des limites raisonnables. Pour ce faire, le meilleur moyen pour les parties consiste à insérer dans le contrat des clauses spécifiques de révision ou d'option prévoyant, par exemple, des mécanismes clairs d'ajustement ou d'indexation des prix (voir ci-dessus, par. ...), ou à déterminer précisément la portée des autres adaptations du contrat pouvant être rendues nécessaires par des difficultés techniques qui apparaissent lors de l'exploitation de l'ouvrage, comme toute intervention extraordinaire de maintenance qui peut s'avérer nécessaire pour assurer la continuité d'un service public (voir ci-dessous, par. ...).

141. Outre les modifications couvertes par un mécanisme de modification, d'indexation ou d'ajustement convenu dans le contrat, les autorités contractantes peuvent également être confrontées à des circonstances externes non prévues au moment de l'attribution du contrat de PPP. Il peut être souhaitable d'autoriser des modifications du contrat afin d'assurer la viabilité économique et pratique d'un contrat de PPP lorsque l'exécution du contrat d'origine devient nettement plus onéreuse en raison d'événements ou de changements que l'autorité contractante

n'aurait pas pu prévoir malgré une préparation raisonnablement diligente de l'offre initiale, compte tenu de la nature et des caractéristiques du projet spécifique et des bonnes pratiques dans le domaine considéré. Dans le même temps, toutefois, il faudrait limiter le droit des parties de modifier le contrat afin d'éviter que la modification envisagée n'altère fondamentalement la nature du contrat dans son ensemble. Tel pourrait être le cas, par exemple, si les parties remplaçaient les travaux à exécuter ou les services à fournir par quelque chose de différent ou modifieraient fondamentalement le type d'accord de PPP (c'est-à-dire en passant d'un PPP de type concessif à un accord de partage des risques impliquant des paiements directs importants par l'autorité contractante).

142. Si l'on cherche à éviter les grosses modifications aux contrats de PPP, c'est pour préserver la transparence, l'intégrité et l'économie dans l'attribution et la gestion de ces contrats. En effet, du moins hypothétiquement, le résultat d'une procédure d'attribution du marché aurait pu être différent si les conditions modifiées avaient été connues ou anticipées au moment de l'appel d'offres, de sorte qu'un autre soumissionnaire aurait peut-être présenté une proposition plus avantageuse que la proposition effectivement retenue, offrant un meilleur rapport utilité-prix global pour l'autorité contractante. En principe, la loi devrait exiger une nouvelle procédure d'attribution de marché en cas de modification substantielle du contrat initial, notamment en ce qui concerne la portée et le contenu des droits et obligations des parties, ou un changement dans la répartition des risques initialement envisagée.

143. Néanmoins, des modifications du contrat PPP entraînant un changement mineur de la valeur du contrat, inférieur à un certain montant, devraient être possibles sans qu'il soit nécessaire de mener une nouvelle procédure d'attribution de contrat. À cet effet et afin d'assurer la sécurité juridique, la loi pourrait prévoir des plafonds au-delà desquels des modifications peuvent uniquement être apportées au contrat de PPP dans des cas exceptionnels et expressément définis. Pour déterminer le plafond au-delà duquel une nouvelle procédure d'attribution sera nécessaire, la loi pourrait renvoyer à la valeur actuelle du contrat de PPP telle que définie dans le dossier de soumission (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. ...). Comme exemple de cas exceptionnel conduisant à la modification du contrat, on pourrait mentionner la nécessité de répondre aux demandes d'une autorité contractante en ce qui concerne les exigences environnementales, de sécurité ou autres énoncées dans la législation qui ont pu évoluer avec le temps. Un autre exemple pourrait être la nécessité de refinancer le contrat de PPP. Ce genre de situation n'est pas inhabituel dans les gros projets de PPP et l'État pourra souhaiter faciliter les arrangements financiers pour permettre la continuation du projet de PPP.

144. Pour empêcher que l'on puisse contourner le seuil fixé, la loi pourrait aussi prévoir que lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur devrait être déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives. Ce calcul cumulatif ne peut s'appliquer que pour une durée déterminée, et pas pour la durée globale du contrat de PPP.

## 5. Empêchements exonérateurs

145. Il peut, au cours de la durée de 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, comme une catastrophe naturelle, ou le résultat d'une action humaine telle qu'une guerre, des émeutes ou une attaque terroriste. 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 d'une telle défaillance. Ce concept, connu de longue date sous le nom de « force majeure », est bien défini, ce qui a des conséquences importantes pour les parties à un contrat de PPP.

**a) Définition des empêchements exonératoires**

146. Les empêchements exonératoires sont d'une double nature : il s'agit généralement d'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 émeutes et 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.

147. Certaines lois font uniquement référence de manière générale aux empêchements exonératoires, tandis que d'autres énumèrent longuement les circonstances qui déchargent les parties de l'exécution au titre du contrat de PPP. Cette dernière méthode peut permettre d'assurer un traitement cohérent de la question pour tous les projets mis en œuvre dans le cadre de la législation pertinente, ce qui évite le cas où un partenaire privé obtient une répartition des risques plus favorable que celle qui a été accordée dans d'autres contrats de PPP. Toutefois, il est important d'examiner les inconvénients possibles de l'inclusion, dans les dispositions législatives ou réglementaires, d'une liste des circonstances considérées comme des empêchements exonératoires 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. Dans ce cas, elles représentent un risque que tout prestataire de services publics de la région sera tenu d'assumer.

148. Un autre aspect qu'il peut falloir examiner soigneusement est le fait de savoir si et dans quelle mesure certains actes des autorités publiques autres que l'autorité contractante peuvent constituer des empêchements exonératoires. Le partenaire privé peut être tenu, pour s'acquitter de certaines de ses obligations, d'obtenir une licence ou toute autre approbation officielle. Le contrat de PPP 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 partenaire privé à respecter les critères requis pour la délivrance de la licence ou de l'approbation, celui-ci ne peut invoquer ce refus comme étant un empêchement exonératoire. En revanche, si la licence ou l'approbation est refusée ou retirée pour des motifs extérieurs ou inappropriés, il serait équitable de stipuler que le partenaire privé peut invoquer ce refus en tant qu'empêchement exonératoire. On peut aussi envisager comme empêchement une interruption du projet provoquée par une autorité publique autre que l'autorité contractante, en raison par exemple d'un changement des plans et des politiques du gouvernement qui exige l'interruption ou une révision importante du projet, en en modifiant considérablement la conception initiale. Dans ce type de situation, il peut être important d'examiner la relation institutionnelle existant entre l'autorité contractante et l'autorité publique responsable de l'empêchement, ainsi que leur degré d'interdépendance. Un événement classé comme empêchement exonératoire peut, dans certains cas, représenter une véritable violation du contrat de PPP par l'autorité contractante, dans la mesure où celle-ci pouvait raisonnablement contrôler ou influencer les actes de l'autre autorité publique.

**b) Conséquences pour les parties**

149. Pendant la phase de construction, la survenance d'empêchements exonératoires justifie généralement de prolonger le temps accordé pour achever l'ouvrage. 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 durée totale du contrat de PPP. Les retards dans l'achèvement de l'ouvrage raccourcissent la période d'exploitation et peuvent influencer négativement

sur les estimations globales de recettes du partenaire privé et des prêteurs. Il peut donc être souhaitable d'examiner les circonstances justifiant que l'on prolonge la durée du contrat de PPP de façon à prendre en compte les prolongations éventuelles survenant pendant la phase de construction. Enfin, il est souhaitable de prévoir que, si l'événement en question est de nature permanente, les parties peuvent avoir la possibilité de résilier le contrat de PPP (voir aussi chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 34).

150. Une autre question importante est le fait de savoir si le partenaire privé aura droit à une indemnisation pour perte de recettes ou endommagement des biens résultant de la survenance d'empêchements exonérateurs. La réponse à cette question est donnée par la répartition des risques prévue dans le contrat de PPP. Sauf pour les cas dans lesquels les pouvoirs publics prévoient une forme quelconque d'appui direct, les PPP sont généralement exécutés aux propres risques du partenaire privé, y compris le risque de pertes pouvant résulter de catastrophes naturelles et d'autres empêchements exonérateurs, contre lequel il est généralement tenu de contracter une assurance adéquate. Ainsi, certaines législations excluent expressément toute forme d'indemnisation du partenaire privé en cas de perte ou dommage résultant de la survenance 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 du contrat de PPP de façon à rétablir son équilibre économique et financier (voir par. 135 à 144).

151. Cependant, un type différent de répartition des risques est parfois envisagé pour les projets nécessitant la construction d'ouvrages détenus en permanence par l'autorité contractante ou d'ouvrages qui doivent lui être transférés 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 partenaire privé à réparer ou à reconstruire des ouvrages endommagés par des catastrophes naturelles ou des événements analogues définis dans le contrat de PPP, à condition que la possibilité d'une telle assistance ait été envisagée dans la sollicitation de propositions. Parfois, l'autorité contractante est autorisée à indemniser le partenaire privé 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 celui-ci n'est pas responsable.

152. Dans l'éventualité où le partenaire privé se trouve dans l'impossibilité d'exécuter les travaux en raison d'un tel empêchement et où les parties ne parviennent pas à procéder à une révision acceptable du contrat, certaines lois nationales autorisent celui-ci à résilier le contrat de PPP, sans préjudice de l'indemnisation qui pourrait être due dans ces circonstances (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 34).

153. Les dispositions législatives 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 survenance de circonstances définies comme empêchements contractuels (voir par. 95 et 96). Dans ces cas, il est souhaitable d'examiner dans quelle mesure une telle obligation peut raisonnablement être imposée au partenaire privé et quelle compensation peut être due pour les coûts additionnels et difficultés auxquels ce dernier doit faire face

154. Outre les mécanismes décrits ci-après, certains risques (conflits armés et émeutes par exemple) peuvent être partiellement couverts par des institutions financières internationales comme la Banque mondiale, à travers l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), pour autant que le pays puisse bénéficier d'une telle couverture et que les conditions autrement applicables soient satisfaites (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. ...).

## 6. Manquements et recours

155. En règle générale, il existe un grand nombre de recours dont les parties peuvent convenir pour faire face aux conséquences d'un manquement, recours pouvant aller jusqu'à la résiliation du contrat de PPP. Les paragraphes suivants offrent des considérations générales sur les manquements et sur les recours dont peuvent se prévaloir l'une et l'autre parties (voir par. 156 et 157). Ils examinent les incidences législatives de certains types de recours destinés à rectifier les causes du manquement et à assurer la continuité du projet, en particulier l'intervention de l'autorité contractante (voir par. 158 à 161) ou la substitution du partenaire privé (voir par. 162 à 165). Le recours ultime que constitue la résiliation du contrat de PPP et les conséquences pouvant découler de cette résiliation sont examinés ailleurs dans le *Guide* (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », sect. D et E).

### a) Considérations générales

156. Les recours, en cas de manquement du partenaire privé, 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<sup>7</sup>. Dans la plupart des cas, ces recours sont de nature contractuelle et ne sont pas traités en détail dans la législation. 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 agents 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. Bien qu'il ne soit pas toujours possible d'envoyer une notification préalable, surtout dans les situations d'urgence, l'autorité contractante devrait être tenue, en règle générale, d'adresser une notification au partenaire privé pour le mettre en demeure de remédier au manquement dans un délai raisonnable. Il peut également être souhaitable d'envisager le versement de pénalités ou de dommages-intérêts par le partenaire privé 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 pour lesquelles la législation nationale prévoit d'autres recours. De surcroît, un système de suivi des résultats imposant des sanctions ou des dommages-intérêts peut être complété par un programme de bonus payables au partenaire privé en cas de résultats allant au-delà des conditions convenues.

157. Alors que l'autorité contractante peut se prémunir contre les conséquences d'un manquement du partenaire privé par diverses dispositions contractuelles exécutoires par voie judiciaire, les recours dont peut se prévaloir le partenaire privé en cas de manquement de l'autorité contractante peuvent être soumis à un certain nombre de restrictions en vertu du droit applicable. D'importantes restrictions peuvent découler de règlements nationaux ou internationaux accordant aux autorités publiques l'immunité contre toute poursuite judiciaire et mesure d'exécution. En fonction du statut juridique de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques qui assument des obligations vis-à-vis du partenaire privé, 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 aussi chap. VI, « Règlement des différends », par. 33 à 35). C'est pourquoi il est important de prévoir des mécanismes prémunissant le partenaire privé contre les conséquences d'un manquement de l'autorité contractante, par exemple au moyen de garanties de l'État

<sup>7</sup> Pour une analyse des recours utilisés dans les contrats de construction d'installations industrielles complexes, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, chap. XVIII, « Retards, vices et autres cas d'inexécution ».

couvrant certains manquements ou de garanties offertes par des tiers tels que des organismes de crédit multilatéraux (voir aussi chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 61 à 71).

#### **b) Droits d'intervention de l'autorité contractante**

158. Certaines législations nationales autorisent expressément l'autorité contractante à assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage, généralement en cas de défaillance du partenaire privé, en particulier lorsqu'elle est tenue par la loi d'assurer la fourniture effective et permanente du service concerné. Dans certains systèmes juridiques, cette prérogative est 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 le contrat de PPP.

159. On notera que le droit qu'a l'autorité contractante d'intervenir, son « droit d'intervention », est une mesure extrême. Les investisseurs privés risquent en effet de craindre qu'elle ne l'utilise ou menace de l'utiliser afin d'imposer ses propres vues sur la façon dont le service doit être fourni, voire pour prendre le contrôle des biens du projet. Il est donc souhaitable de définir aussi clairement que possible les cas dans lesquels ces droits d'intervention peuvent être exercés. Il importe de les limiter aux cas de dysfonctionnement grave du service et non aux cas de simple insatisfaction devant les résultats du partenaire privé. 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 que le partenaire privé n'a pas été en mesure de régler. Ce dernier devrait assumer de nouveau la responsabilité de la prestation du service une fois le problème résolu.

160. 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-contractant pour mener à bien 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 le contrat de PPP, au partenaire privé. Ce dernier ne devrait pas compter sur l'intervention de l'autorité contractante pour faire face à un risque particulier au lieu de l'assumer lui-même, comme l'exige le contrat de PPP.

161. Il est souhaitable de préciser, dans le contrat de PPP, quelle partie supporte le coût d'une intervention de l'autorité contractante. Dans la plupart des cas, c'est le partenaire privé qui devrait supporter les coûts encourus par l'autorité contractante lorsque l'intervention est due à une défaillance qui lui est imputable. 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 partenaire privé. Lorsque, cependant, cette intervention a lieu suite à la survenance 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 attribué dans le contrat de PPP.

#### **c) Droits d'intervention des prêteurs**

162. Pendant le cycle de vie du projet, il peut arriver qu'en dépit d'un manquement du partenaire privé ou de la survenance d'un événement extraordinaire échappant à son contrôle, les parties aient néanmoins intérêt à éviter qu'il soit mis fin au projet en permettant que celui-ci soit poursuivi sous la responsabilité d'un partenaire privé 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 manquement ou d'empêchement du partenaire privé, les prêteurs auront intérêt à faire en sorte que les travaux ne soient pas laissés inachevés et que le contrat de PPP reste profitable. L'autorité contractante peut également avoir intérêt à ce que le projet soit poursuivi

par un nouveau partenaire privé, pour ne pas avoir à intervenir et à le poursuivre sous sa propre responsabilité.

163. Des clauses permettant aux prêteurs de sélectionner, avec le consentement de l'autorité contractante, un nouveau partenaire privé pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de PPP 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 partenaire privé. Ce type d'accord direct a principalement pour objectif de permettre aux prêteurs de prévenir la résiliation par l'autorité contractante en cas de manquement du partenaire privé en substituant à celui-ci un partenaire privé qui continuera d'exécuter le projet dans le cadre du contrat de PPP, en lieu et place de son prédécesseur défaillant. À la différence du droit d'intervention de l'autorité contractante, qu'elle peut exercer en cas de dysfonctionnement spécifique, temporaire et grave du service, le droit d'intervention des prêteurs s'applique aux cas où l'incapacité du partenaire privé 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 constaté que la possibilité de prévenir la résiliation en proposant un autre partenaire privé donnait aux prêteurs une garantie supplémentaire contre un éventuel manquement du partenaire privé. Dans le même temps, elle permet à l'autorité contractante d'éviter l'interruption résultant d'une résiliation du contrat de PPP et d'assurer ainsi la continuité du service.

164. Dans certains pays, cependant, l'application de ces clauses peut être difficile en l'absence de disposition législative à cet effet. L'incapacité du partenaire privé 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 chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 15 à 23). Pour sélectionner un nouveau partenaire privé qui succédera à son prédécesseur défaillant, l'autorité contractante doit souvent suivre les mêmes procédures que pour la sélection du partenaire privé initial, et il peut lui être impossible de s'entendre, en consultation avec les prêteurs, sur un nouveau partenaire privé qui n'aura 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 partenaire privé, il se peut qu'elle doive conclure avec lui un nouveau contrat de PPP. Or, le nouveau partenaire privé ne sera peut-être pas à même d'assumer totalement les obligations de son prédécesseur.

165. Il peut donc être utile de reconnaître à l'autorité contractante, dans la législation, le droit de conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec son consentement, d'un nouveau partenaire privé chargé d'exécuter le contrat de PPP existant dans l'éventualité où le partenaire privé initial ferait gravement défaut à son obligation de fournir le service requis aux termes dudit contrat, ou en cas de survenance d'autres événements spécifiés qui pourraient justifier la résiliation dudit contrat. 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 partenaire privé ; les procédures de remplacement du partenaire privé ; les motifs de refus par l'autorité contractante d'un substitut proposé ; et l'obligation qu'auraient les prêteurs d'assurer la fourniture du service au niveau et dans les conditions stipulées dans le contrat de PPP.

### III. Contenu et exécution du contrat de PPP

#### Disposition type 33. Contenu et exécution du contrat de PPP

Le contrat de PPP comporte des dispositions sur les questions que les parties estiment appropriées<sup>37</sup>, telles que :

- a) La nature et la portée des travaux devant être réalisés et des services devant être fournis par le partenaire privé (voir chap. IV, par. 1) ;
- b) Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du partenaire privé découlant du contrat de PPP ;
- c) L'assistance que l'autorité contractante s'est engagée à fournir au partenaire privé pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure ;
- d) Toute prescription relative à la création et au capital minimum d'une personne morale constituée conformément à la disposition type 35 (voir disposition type 35) ;
- e) La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux dispositions types 36 à 39 (voir dispositions types 36 à 39) ;
- f) Lorsque la rémunération du partenaire privé est constituée de recettes d'exploitation, comme des redevances ou des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit : le montant et le mode de paiement, la ventilation de ces recettes, les modalités de leur variation et les subventions publiques, le cas échéant ;
- g) Lorsque la rémunération du partenaire privé est constituée de paiements effectués par l'autorité contractante : le coût global du service fourni à l'autorité publique et sa ventilation ; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de ces paiements ; la procédure de paiement, en particulier les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes que le partenaire privé peut être tenu de payer en raison d'amendes, de pénalités contractuelles ou de dommages-intérêts sont déduites, le cas échéant, des sommes brutes dues par l'autorité contractante au partenaire privé ;
- h) Les procédures d'examen et d'approbation, par l'autorité contractante, des études techniques, plans de construction et spécifications, et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage ;
- i) L'étendue des obligations imposées au partenaire privé pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective, la continuité et la fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers (voir disposition type 43) ;
- j) Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux devant être réalisés et les services devant être fournis par le partenaire privé, et les conditions et la mesure dans lesquelles l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent juger appropriées pour que l'ouvrage soit

<sup>37</sup> Les États adoptants voudront peut-être noter que l'inclusion dans le contrat de concession de dispositions ayant trait à certaines des questions énumérées dans la présente disposition type est obligatoire en application d'autres dispositions types.

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

k) La mesure dans laquelle le partenaire privé 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 ;

l) Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en relation avec les alinéas i) et j) ci-dessus, y compris toute indemnité à laquelle le partenaire privé pourrait avoir droit ;

m) Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le partenaire privé est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui ;

n) Les garanties de bonne exécution que le partenaire privé est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure ;

o) Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie ;

p) 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 le contrat de PPP en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable ;

q) La durée du contrat de PPP et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation ;

r) Les modalités de calcul de l'indemnité en application de la disposition type 53 ;

s) Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends qui peuvent surgir entre l'autorité contractante et le partenaire privé (dispositions types 34 et 54) ;

t) Les droits et obligations des parties concernant les informations confidentielles (voir disposition type 29).

### **Disposition type 34. Droit applicable**

Le contrat de PPP est régi par le droit de [l'État adoptant] sauf disposition contraire dudit contrat<sup>38</sup>.

### **Disposition type 35. Structure sociale du partenaire privé**

L'autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois de [l'État adoptant], à condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de propositions, selon le cas. Toute prescription relative au

<sup>38</sup> Les systèmes juridiques apportent diverses réponses à la question de savoir si les parties à un contrat de concession peuvent choisir comme droit applicable au contrat un droit autre que celui du pays hôte. En outre, comme cela est indiqué dans le *Guide législatif* (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 5 à 8), dans certains pays le contrat de concession peut être soumis au droit administratif, tandis que dans d'autres il sera régi par le droit privé (voir aussi chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 24 à 27). Le droit applicable comprend également les règles relevant d'autres branches du droit qui s'appliquent aux différentes questions pouvant se poser pendant l'exécution d'un projet d'infrastructure (voir de manière générale le chapitre VII, « Autres domaines pertinents du droit », sect. B).

calendrier d'établissement d'une telle personne morale et à son capital minimum, ainsi que les procédures d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes les concernant, sont énoncées dans le contrat de PPP conformément aux conditions de la sollicitation de propositions.

### **Disposition type 36. Propriété des biens<sup>39</sup>**

Le contrat de PPP précise, selon qu'il convient, les biens qui sont ou seront la propriété de l'État et ceux qui sont ou seront la propriété privée du partenaire privé. Il indique en particulier ceux qui appartiennent aux catégories suivantes :

- a) Les biens, le cas échéant, que le partenaire privé est tenu de restituer ou transférer à l'autorité contractante ou à une autre entité indiquée par celle-ci conformément aux clauses du contrat de PPP ;
- b) Les biens, le cas échéant, que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au partenaire privé ; et
- c) Les biens, le cas échéant, que le partenaire privé peut conserver ou dont il peut disposer à l'expiration ou à la résiliation du contrat de PPP.

### **Disposition type 37. Acquisition de droits relatifs au site du projet**

1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses du contrat de PPP met à la disposition du partenaire privé ou, le cas échéant, aide ce dernier à acquérir les droits relatifs au site du projet, y compris le titre de propriété du site, nécessaires à l'exécution du projet.
2. Toute expropriation de terrain pouvant être requise pour l'exécution du projet est effectuée conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent l'expropriation de biens privés par les autorités publiques pour des motifs d'intérêt général*<sup>40</sup>].

<sup>39</sup> La participation du secteur privé aux projets d'infrastructure peut prendre diverses formes (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 47 à 53). La politique générale détermine habituellement l'approche législative concernant la propriété des biens liés au projet. Quelles que soient la politique générale ou la politique sectorielle du pays hôte, le régime de propriété des divers biens en question devrait être clairement défini et avoir une assise législative suffisante. La clarté à cet égard est importante, car elle influera directement sur l'aptitude du partenaire privé à constituer des sûretés sur les biens du projet pour obtenir un financement de ce dernier. Conformément à l'approche souple adoptée par divers systèmes juridiques, la disposition type n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante, mais permet de faire une distinction entre les biens qui doivent être transférés à cette dernière, les biens qu'elle peut acheter si elle le souhaite, et les biens qui restent la propriété privée du partenaire privé à l'expiration ou lors de la résiliation du contrat de concession ou à tout autre moment.

<sup>40</sup> Faute de législation de ce type dans l'État adoptant, la loi relative aux PPP devrait contenir des dispositions à cet effet.

## Disposition type 38. Servitudes<sup>41</sup>

### Variante A

1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses du contrat de PPP met à la disposition du partenaire privé ou, le cas échéant, aide ce dernier à exercer le droit de pénétrer sur la propriété de tiers, d'y passer, d'y effectuer des travaux ou d'y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient les entreprises de service public et les exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois*].

### Variante B

1. Le partenaire privé a le droit de pénétrer sur la propriété de tiers, d'y passer, d'y effectuer des travaux ou d'y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient les entreprises de service public et les exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois*].

2. Toute servitude pouvant être requise pour l'exécution du projet est créée conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent la création de servitudes pour des motifs d'intérêt général*].

## Disposition type 39. Arrangements financiers

1. Lorsque le partenaire privé exploite un ouvrage utilisé par le public ou fournit un service au public au titre du contrat de PPP, il a le droit de demander, de recevoir ou de percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services fournis conformément au contrat de PPP. Ce dernier prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits [*conformément aux règles établies par l'organisme de réglementation compétent*]<sup>42</sup>.

2. L'autorité contractante est habilitée à convenir d'effectuer des versements directs au partenaire privé en remplacement ou en sus des redevances ou droits perçus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services visés au paragraphe précédent.

3. Lorsque le partenaire privé exploite un ouvrage utilisé par le public ou fournit un service à l'autorité contractante ou à un autre organisme public, il a le droit de

<sup>41</sup> Le droit de traverser une propriété adjacente à des fins liées au projet ou d'y effectuer des travaux peut être acquis par le partenaire privé directement ou d'office par une autorité publique en même temps que le site du projet. Une solution quelque peu différente, qui correspond à la variante B, pourrait être de prévoir que 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 installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques.

<sup>42</sup> Les péages, droits, prix ou autres sommes perçus par le partenaire privé, désignés dans le *Guide législatif* par le terme « redevances » peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 30 à 60). Le prix auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique d'infrastructure de l'État et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles générales de droit définissent les paramètres applicables à la détermination du prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être « raisonnables », « équitables » ou « justes ».

percevoir le loyer, les droits d'utilisation ou autres paiements prévus dans le contrat de PPP pour l'utilisation effective ou la mise à disposition de l'ouvrage ou du service. Le contrat de PPP prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces paiements.

#### **Disposition type 40. Sûretés**

1. Sous réserve de toute restriction pouvant être indiquée dans le contrat de PPP<sup>43</sup>, le partenaire privé a le droit de constituer sur ses biens, droits ou intérêts, y compris ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, y compris, en particulier :

a) Une sûreté sur des biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet ;

b) Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

2. Les actionnaires du partenaire privé ont le droit de nantir leurs actions ou de les grever de toute autre sûreté.

3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela est interdit par la loi de [l'État adoptant].

#### **Disposition type 41. Cession du contrat de PPP**

Sauf si la disposition type 40 en dispose autrement, les droits et obligations du partenaire privé découlant du contrat de PPP ne peuvent être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de PPP énonce les conditions dans lesquelles l'autorité contractante donne son consentement à une cession des droits et obligations du partenaire privé découlant dudit contrat, y compris l'acceptation par le nouveau partenaire privé de toutes les obligations découlant du contrat et la présentation d'éléments prouvant qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service.

#### **Disposition type 42. Transfert d'un intérêt majoritaire<sup>44</sup> dans le partenaire privé**

Sauf disposition contraire du contrat de PPP, un intérêt majoritaire dans le partenaire privé ou l'intérêt d'un actionnaire dont la participation à la société de projet est jugée essentielle pour la maintenance et l'exploitation du projet ne peut être transféré à un tiers sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de PPP énonce les conditions dans lesquelles ce consentement peut être donné.

<sup>43</sup> Ces restrictions peuvent, en particulier, concerner l'exercice de droits ou intérêts relatifs aux biens du projet d'infrastructure.

<sup>44</sup> La notion d'« intérêt majoritaire » fait généralement référence au pouvoir de nommer la direction d'une société et d'influencer ou de déterminer son activité. Différents critères peuvent être utilisés dans divers systèmes juridiques ou même dans différents corps de règles au sein du même système, allant de critères formels attribuant un intérêt majoritaire au propriétaire d'une certaine proportion (le plus souvent plus de 50 %) du nombre total combiné de voix attribuées à toutes les catégories d'actions d'une société à des critères plus complexes tenant compte de la structure de direction effective d'une société. Les États adoptants dont la loi ne contient pas de définition de l'« intérêt majoritaire » devront peut-être définir ce terme dans le texte incorporant la disposition type.

### **Disposition type 43. Exploitation de l'infrastructure**

1. Le contrat de PPP précise, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au partenaire privé pour assurer :

- a) La modification du service afin de répondre à la demande effective ;
- b) La continuité du service ;
- c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers ;
- d) L'accès non discriminatoire, le cas échéant, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le partenaire privé.

2. Le partenaire privé a le droit de publier et de faire appliquer des règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation.

### **Disposition type 44. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation**

Le contrat de PPP énonce la mesure dans laquelle le partenaire privé a droit à une indemnisation dans le cas où le coût d'exécution de ce contrat a sensiblement augmenté ou la contrepartie reçue a sensiblement diminué par rapport à ce qui était initialement prévu, du fait de changements dans la législation ou la réglementation spécifiquement applicable à l'ouvrage ou aux services qu'il fournit.

### **Disposition type 45. Modification du contrat de PPP**

1. Sans préjudice de la disposition type 44, le contrat de PPP peut également énoncer la mesure dans laquelle le partenaire privé a le droit d'en demander la modification dans le cas où le coût d'exécution de ce contrat a sensiblement augmenté ou la contrepartie reçue a sensiblement diminué par rapport à ce qui était initialement prévu, du fait de :

- a) Changements dans la situation économique ou financière ; ou
- b) Changements dans la législation ou la réglementation non spécifiquement applicable à l'ouvrage ou aux services qu'il fournit ;

à condition que ces changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire :

- Surviennent après la conclusion du contrat ;
- Échappent au contrôle du partenaire privé ; et
- Soient d'une nature telle qu'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que le partenaire privé les ait pris en considération lors de la négociation du contrat de PPP ou en ait évité ou surmonté les conséquences.

2. Sous réserve des dispositions du paragraphe 5, l'autorité contractante et le partenaire privé peuvent convenir d'élargir la portée du contrat de PPP pour inclure des travaux ou services supplémentaires à fournir par le partenaire privé qui n'étaient pas prévus dans le contrat initial mais sont devenus nécessaires, et pour l'exécution desquels il ne serait pas dans l'intérêt général de choisir un autre partenaire privé :

- i) Pour des raisons économiques ou techniques telles que des conditions d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec des matériels, services ou installations existants qui ont fait l'objet du marché initial ; et

ii) Parce que le choix d'un autre partenaire privé causerait des inconvénients importants ou entraînerait une duplication substantielle des coûts pour l'autorité contractante.

3. Le contrat de PPP établit des procédures pour modifier les clauses qu'il contient dans les cas visés aux paragraphes 1 et 2.

4. L'autorité contractante exige l'approbation de [*l'État adoptant indique l'organisme ou entité public*] pour toute modification apportée au contrat de PPP :

a) Qui dépasse [*l'État adoptant indique le pourcentage*] de la valeur du contrat d'origine ; ou

b) Qui prévoit que des travaux ou services supplémentaires, qui n'étaient pas prévus dans le contrat initial, soient fournis par le partenaire privé, conformément au paragraphe 2.

5. L'autorité contractante ne peut accepter aucune modification ou avenant au contrat de PPP du type visé au paragraphe 2 qui en altérerait sensiblement les caractéristiques par rapport au contrat initialement conclu. Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

a) La valeur totale de la rémunération du partenaire privé qui résulte de la modification dépasse [*l'État adoptant indique un pourcentage*] de la somme combinée de la valeur actuelle des péages, redevances, prix unitaires et autres charges proposés pendant la durée du contrat et de la valeur actuelle des paiements directs que l'autorité contractante propose d'effectuer, le cas échéant, telles que déterminées par l'autorité contractante pour évaluer les propositions conformément aux paragraphes 2 a) et 2 b) de la disposition type 19. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives pendant une période de [*l'État adoptant indique la durée souhaitée*] ;

b) La modification introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure initiale d'attribution de marché, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement retenus ou l'acceptation d'une proposition autre que celle initialement acceptée, ou auraient attiré davantage de participants à la procédure d'attribution de marché ;

c) Elle étend considérablement la portée du contrat ;

d) Elle prévoit le remplacement du partenaire privé auquel l'autorité contractante a initialement attribué le marché par un nouveau partenaire privé dans d'autres cas que ceux prévus dans la disposition type 47.

#### **Disposition type 46. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante**

Dans les circonstances prévues par le contrat de PPP, l'autorité contractante a le droit d'assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions dans le cas où le partenaire privé manque gravement à ses obligations et ne remédie pas à ce manquement dans un délai raisonnable après qu'elle l'a mis en demeure de le faire.

#### **Disposition type 47. Remplacement du partenaire privé**

L'autorité contractante peut convenir avec les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure et avec le partenaire privé de prévoir la substitution à ce dernier d'une nouvelle entité ou personne désignée pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de PPP en vigueur en cas de

manquement grave du partenaire privé initial ou de survenance d'autres événements pouvant, autrement, justifier la résiliation du contrat ou autres circonstances similaires<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Le remplacement du partenaire privé par une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante, suivant les conditions convenues entre eux, vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation du contrat de concession (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 147 à 150). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière successive, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société du partenaire privé par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante.