



Assemblée générale

Distr.
GÉNÉRALE

A/CN.9/438
18 décembre 1996

FRANÇAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trentième session
Vienne, 12-30 mai 1997

PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ *

Guide de la législation des projets d'infrastructure
à financement privé : projet de chapitres

Rapport du Secrétaire général

1. À sa vingt-neuvième session, en 1996, la Commission a décidé d'élaborer un guide législatif concernant les projets de construction-exploitation-transfert (CET) et les types de projets apparentés¹. La Commission a pris sa décision après avoir examiné un rapport établi par le Secrétaire général qui contenait des renseignements sur les travaux entrepris par d'autres organisations dans ce domaine ainsi qu'un aperçu des questions régies, dans les différents pays, par les lois relatives à ces arrangements².

*La Commission voudra peut-être dorénavant, au sujet de son travail dans ce domaine, employer les mots "projets d'infrastructure à financement privé" plutôt que ceux de "projets de construction-exploitation-transfert" (CET) utilisés jusqu'à présent. Bien que servant parfois à désigner de manière générique différentes formes de financement privé de projets d'infrastructure publique, à proprement parler, le sigle CET ne correspond qu'à un type particulier de projets d'infrastructure à financement privé. Néanmoins, la pratique dans ce domaine continuant d'évoluer, différents types d'arrangements nouveaux ne relèvent pas exclusivement de la catégorie CET; il existe d'autres formes de financement des projets : "construction-possession-exploitation", "construction-possession-exploitation-transfert", "construction-possession-location-transfert" et "construction-location-transfert", pour n'en mentionner que quelques-unes. La dénomination proposée a pour intérêt de dire clairement que le travail de la Commission dans ce domaine s'étend à tous les arrangements concernant les projets d'infrastructure publique dans lesquels intervient un financement privé, y compris, mais non pas seulement, les arrangements CET.

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément nE 17 (A/51/17), par. 225 à 230.

²Document A/CN.9/424.

2. Il a été dit qu'à la différence de ce qui se passe dans les projets à financement public, dans lesquels il incombe entièrement au gouvernement de mettre en oeuvre le projet, y compris d'obtenir des moyens de financement et de garantir leur remboursement, dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé, le gouvernement charge une entité privée de concevoir, d'entretenir et d'exploiter une installation d'infrastructure en échange du droit de faire payer soit au public, soit à l'État l'utilisation de l'installation ou les services ou les biens qu'elle produit.

3. Dans ses délibérations, la Commission a pris note de l'intérêt que les projets CET et d'autres formes de participation privée dans des projets d'infrastructure publique a suscité dans de nombreux États, en particulier dans les pays en développement, le succès de ces projets permettant aux États de faire d'importantes économies et d'affecter à d'autres fins, pour répondre à des besoins sociaux plus pressants, des fonds publics qui, autrement, auraient été investis dans l'infrastructure. En outre, le projet étant construit et, pendant la période de concession, exploité par la société qui en est chargée, le pays d'implantation du projet bénéficie des compétences du secteur privé en matière d'exploitation et de gestion d'une telle infrastructure. Les pouvoirs publics peuvent, en particulier, compter sur des gains d'efficacité et un service de grande qualité qui, parfois, ne peuvent pas être assurés par des monopoles d'État autorégulés.

4. La Commission a cependant relevé que les projets CET et les projets analogues pouvaient être assez complexes et que leur mise en oeuvre nécessitait un cadre juridique favorable qui suscite la confiance des investisseurs nationaux ou étrangers potentiels tout en protégeant les intérêts publics. Elle a donc considéré utile de définir les lignes directrices dans le domaine législatif à l'intention des États qui se dotent d'une législation concernant ces projets ou modernisent celle qui existe déjà. À la demande de la Commission, le Secrétariat a passé en revue les questions qui pouvaient constituer la matière d'un tel guide et a établi un avant-projet qu'il soumet à la Commission dans le présent rapport, pour examen.

5. Le document reproduit à l'annexe I du présent rapport contient une table des matières énumérant les sujets dont le guide pourra traiter et qui sont suivis d'annotations relativement détaillées concernant les questions qu'il est suggéré d'examiner à leur propos. Ces annotations sont proposées à la Commission pour lui permettre de décider en connaissance de cause de la structure proposée du guide et de sa teneur. En établissant ce document, le Secrétariat a tenu compte d'un certain nombre de questions qui font l'objet, dans beaucoup de pays, de lois et règlements concernant les projets d'infrastructure à financement privé. Néanmoins, il suggère non pas qu'il faille, dans le guide, recommander de traiter toutes ces questions au niveau législatif, mais de considérer s'il est opportun de le faire, en laissant aux parties aux accords concernant l'application des projets le soin d'apporter des réponses aux autres.

6. Afin de donner à la Commission une idée claire de ce en quoi pourrait consister le guide et de son degré de détail, le Secrétariat a aussi rédigé des avant-projets du chapitre premier "Objet, but et terminologie du guide", du chapitre II "Parties et phases des projets d'infrastructure à financement privé" et du chapitre V relatif à la préparation (additifs 1 à 3 au présent document).

7. Ce faisant, le Secrétariat s'est attaché à concilier ce qui peut être fait pour attirer des investissements privés au service de projets d'infrastructure et la nécessité de protéger les intérêts du gouvernement du pays d'implantation et des utilisateurs des installations d'infrastructure.

8. La Commission voudra peut-être faire des observations au sujet du projet de structure du guide et des lignes directrices concernant les questions dont l'examen est suggéré dans le présent document, pour permettre au Secrétariat de rédiger les projets de chapitres restants du guide pour la prochaine session de la Commission, en 1998.

Annexe I

PROJET DE GUIDE DE LA LÉGISLATION DES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

TABLE DES MATIÈRES ANNOTÉE

INTRODUCTION

- A. Origine du Guide
- B. Économie générale du Guide
- C. Recommandations et exemples de dispositions

Note

1. De même que ce qui a été fait pour les introductions au Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles et au Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés, il est suggéré que l'introduction explique l'origine du Guide, son économie générale et son style, ainsi que la nature de ses recommandations et donne d'autres informations du même genre.

I. OBJET, BUT ET TERMINOLOGIE DU GUIDE

- A. Opérations qui font l'objet du Guide
- B. Objet du Guide
- C. Terminologie employée dans le Guide

Notes

2. Il est suggéré dans le premier chapitre du Guide de donner des renseignements sur les opérations sur lesquelles il porte ainsi que sur son objet, de même que d'expliquer les termes fréquemment employés.

3. Un projet initial du chapitre premier est reproduit dans le document A/CN.9/438/Add.1.

II. PARTIES ET PHASES DES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

- A. Généralités
- B. Secteur privé et infrastructures publiques
- C. Financement sur projet
- D. Parties au projet
 - 1. Gouvernement du pays d'implantation
 - 2. Promoteurs et société chargée du projet
 - 3. Bailleurs de fonds et institutions financières internationales
 - 4. Autres sources de capitaux
 - 5. Entreprises de construction et fournisseurs
 - 6. Sociétés d'exploitation et de maintenance
 - 7. Assureurs
- E. Phases d'exécution
 - 1. Définition du projet
 - 2. Sélection des promoteurs
 - 3. Phase de préparation de l'exécution
 - 4. Phase de construction
 - 5. Phase d'exploitation
 - 6. Cessation du projet

Notes

4. Il est proposé que le chapitre II, en tant qu'introduction aux projets d'infrastructure à financement privé, contienne des observations générales sur le financement du projet, les parties aux projets d'infrastructure à financement privé et les phases d'exécution de ces projets. L'objet du chapitre II est de donner au lecteur des informations générales et de lui permettre de choisir plus facilement, en connaissance de cause, les solutions que la loi pourrait apporter aux questions examinées ultérieurement dans le Guide.

5. Un avant-projet de chapitre II est reproduit dans le document A/CN.438/Add.2.

III. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA LÉGISLATION

- A. Cadre juridique des projets d'infrastructure à financement privé
 - 1. Autorisation législative
 - 2. Approches législatives aux projets d'infrastructure
- B. Autres domaines pertinents de la législation
 - 1. Droit commercial général et régime foncier
 - 2. Règlement des différends
 - 3. Droit des investissements et de la fiscalité
- C. Législation nationale et accords internationaux
 - 1. Accords de protection des investissements internationaux
 - 2. Instruments du commerce international

Notes

A. Cadre juridique des projets d'infrastructure à financement privé

6. Au début du chapitre III, il est proposé d'examiner deux questions relatives au cadre juridique général des projets d'infrastructure à financement privé : l'autorisation législative permettant aux autorités du pays d'implantation d'entreprendre de tels projets et le régime juridique auquel sont soumis ces projets.

7. La mise en oeuvre de projets d'infrastructure à financement privé peut nécessiter l'adoption de textes législatifs ou de règlements spéciaux, particulièrement dans les pays où c'est le gouvernement seul qui fournit les "services publics" ou qui construit ou développe l'infrastructure. Dans ceux qui ont l'habitude d'accorder des concessions au secteur privé pour la fourniture de "services publics" ou la réalisation de "travaux publics", il peut exister des règles générales selon lesquelles, en principe, toute activité qui est exercée par l'État et qui a une valeur économique faisant qu'elle peut être exploitée par des entreprises privées peut être confiée au secteur privé. Parfois, une telle législation générale définit les domaines d'activité ou les types d'infrastructure qui peuvent être fournis ou mis en oeuvre par des entités privées. Une approche différente est suivie dans les pays qui ne disposent pas d'une telle législation générale ou qui ont préféré adopter des lois spécifiques concernant des projets d'infrastructure à financement privé dans tel ou tel domaine d'activité. Dans certains, le législateur a jugé bon d'adopter des lois spécifiques concernant l'exécution et l'exploitation d'un ou plusieurs projets individuels. Il est proposé d'examiner les avantages et les limites que peut présenter une législation générale et ceux d'une législation propre à un projet ou à un secteur et la possibilité de conjuguer les deux approches.

8. En légiférant en général ou de manière spécifique, dans un certain nombre d'États, les autorités ont jugé souhaitable de proclamer sous une forme ou une autre les principes qu'elles entendaient appliquer à la participation du secteur privé dans les services et les équipements publics ou d'expliquer leurs objectifs. Les déclarations de principe peuvent être utiles pour redonner aux promoteurs potentiels, aux preneurs de participation et aux bailleurs de fonds l'assurance que, dans le pays d'implantation, les projets d'infrastructure à financement privé bénéficient de l'appui de l'État. En outre, en déclarant publiquement sa volonté de poursuivre une politique favorable aux projets d'infrastructure à financement privé, l'État peut accomplir une oeuvre instructive en faisant savoir comment les principes qu'il adopte au sujet des projets d'infrastructure publique à financement privé peuvent être utiles au pays.

9. Une autre question dont l'étude est proposée est le régime juridique des projets d'infrastructure à financement privé. Dans certains pays, les relations entre l'entreprise chargée du projet et le gouvernement sont considérées comme de nature contractuelle, ce qui place les deux parties en position essentiellement d'égalité. Dans d'autres, particulièrement dans un certain nombre de pays de droit romain, les projets d'infrastructure à financement privé relèvent de catégories bien définies et de ce que l'on appelle souvent "le droit administratif" (voir chap. I^{er}, "Objet, but et terminologie du Guide"). Ces différences d'approche au régime juridique de l'accord entre l'entreprise chargée du projet et l'État peuvent avoir des conséquences pratiques considérables.

B. Autres domaines de la législation

10. En plus des questions relatives à la législation directement applicable aux projets d'infrastructure à financement privé, il est proposé d'examiner dans une section distincte l'impact que d'autres domaines de la législation peuvent avoir sur la réussite de ces projets.

11. Le droit commercial du pays hôte est très important pour faciliter la mise en oeuvre du projet. Les projets d'infrastructure à financement privé sont souvent exécutés par des entreprises créées spécialement à cette fin par les promoteurs. Il importe donc que la législation des entreprises dans le pays d'implantation soit adéquate et comporte des dispositions correspondant à notre époque au sujet de questions essentielles telles que les règles de constitution, la structure de la direction, l'émission d'actions, obligations ou obligations non garanties ainsi que leur vente ou leur transfert, les relevés de compte et les états financiers, et la protection des actionnaires minoritaires. Il importe aussi que la législation relative aux contrats et aux titres fournisse des solutions qui répondent aux besoins de la société chargée du projet et des bailleurs de fonds, y compris permette de céder les effets à recevoir produits par le projet et de concevoir les contrats avec souplesse en fonction des besoins de la construction ou de l'exploitation de l'installation d'infrastructure. La législation bancaire commerciale peut en outre faciliter les opérations courantes de la société chargée du projet. Des solutions correspondant à notre époque peuvent être apportées à un certain nombre de questions posées par le droit commercial à partir de textes internationaux existants, y compris les conventions et les lois types qui résultent des travaux de la CNUDCI, par exemple la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

12. Il est aussi souhaitable que le régime foncier du pays hôte corresponde à des normes acceptables modernes et contienne des dispositions adéquates au sujet de la propriété et de l'utilisation des terrains et des bâtiments, ainsi que des biens mobiliers et de la propriété intellectuelle (droits d'auteur, marques de commerce), de sorte que la société chargée du projet puisse acheter, vendre et transférer des biens, et autoriser leur utilisation le cas échéant. En particulier, en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, il est possible de créer un cadre juridique en adhérant à des accords internationaux concernant la protection et l'enregistrement des droits de propriété internationaux.

13. Le cadre juridique relatif au règlement des différends dans le pays d'implantation du projet est aussi important pour la mise en oeuvre de projets d'infrastructure à financement privé. Les promoteurs, les entrepreneurs et les bailleurs de fonds seront peut-être plus enclins à participer à des projets dans des pays où les conditions juridiques de règlement des différends sont attrayantes et internationalement acceptables, comme celles que crée la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Le bon fonctionnement du système judiciaire dans le pays d'implantation, la rapidité des procédures devant les tribunaux et l'existence de formes de recours qui conviennent pour les différends commerciaux sont autant d'éléments dont il convient de tenir compte, de même que la possibilité de la reconnaissance et de l'exécution de décisions d'arbitrage étranger.

C. Législation nationale et accords internationaux

14. Dans la dernière section du chapitre III, il est proposé à la Commission d'examiner l'intérêt pour la législation du pays d'implantation applicable aux projets d'infrastructure à financement privé que pourraient présenter des accords internationaux facilitant et encourageant le commerce mondial ou régional de biens et de services.

15. Ces accords internationaux peuvent comporter des dispositions concernant l'élimination des obstacles à l'importation de biens ou à la fourniture de services par des étrangers dans les États parties. Elles pourraient être intéressantes en droit interne lorsque ce lui-ci envisage de restreindre la participation d'entreprises étrangères aux projets d'infrastructure ou accorde la préférence à des entités nationales, ou aussi pour l'achat de fournitures sur le marché local.

16. Une question particulièrement importante pour les promoteurs de projets et les bailleurs de fonds est le degré de protection accordé aux investissements étrangers dans le pays d'implantation. Cette protection peut être le résultat d'accords internationaux que ce pays contracte afin de favoriser et de protéger les investissements étrangers. Il est possible de renforcer la confiance des investisseurs étrangers dans celui-ci, par exemple en les protégeant de la nationalisation ou de la confiscation sans procédure judiciaire ni indemnisation adéquate. Les promoteurs possibles voudront aussi savoir s'ils pourront transférer leurs bénéfices à l'étranger et les rapatrier. Pour attirer les investissements étrangers, il est aussi possible d'accorder aux investisseurs privés des régimes fiscaux spéciaux, par exemple les exonérer de l'impôt sur les sociétés ou d'autres impôts, exonérer de l'impôt sur le revenu le personnel expatrié nécessaire pour le projet, accorder des exonérations de l'impôt sur les biens fonciers et des avantages fiscaux sur les redevances ainsi que des exemptions des droits d'importation.

IV. SÉLECTION DES PROMOTEURS

A. Remarques générales

- B. Méthodes possibles de sélection des promoteurs
 - 1. Appel d'offres public
 - 2. Sollicitation de propositions
 - 3. Négociations directes
 - 4. Propositions spontanées
- C. Critères de qualification
 - 1. Conditions exigées des promoteurs
 - 2. Préférences nationales
- D. Sélection
 - 1. Qualifications préalables
 - 2. Sollicitations et propositions
 - 3. Évaluation et attribution du projet

Notes

A. Remarques générales

17. Il est proposé que le chapitre IV examine d'abord les questions générales concernant un cadre législatif permettant de choisir les méthodes et les modalités de sélection des promoteurs et les approches à sa création. Il est important que, dans le pays d'implantation, les pouvoirs publics définissent clairement la nature et l'étendue des travaux et des services qui feront l'objet de passation de marché. Il faudrait peut-être aussi, pour déterminer les conditions de qualification et les critères d'évaluation, qu'ils considèrent spécialement le rôle qu'ils envisagent de confier au secteur privé dans tel ou tel cas (par exemple, si l'installation appartiendra de manière permanente ou temporaire à la société chargée du projet ou si elle sera transférée à l'État à la fin d'une période définie). En outre, il importe d'accorder le poids qu'elles méritent aux nécessités à long terme de l'exploitation qui pourraient être négligées si la loi devait trop faire dépendre la sélection des promoteurs des exigences de la phase de construction.

B. Méthodes possibles pour la sélection des promoteurs

18. Il est suggéré de consacrer une section à l'examen des méthodes les plus couramment appliquées pour l'achat de biens et de services et d'examiner si elles conviennent aux projets d'infrastructure, compte tenu particulièrement de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services. Souvent, dans les différents pays, la législation fait des méthodes fondées sur la concurrence la principale ou la seule méthode de sélection des promoteurs pour les projets d'infrastructure à financement privé. L'appel d'offres public est la méthode la plus couramment employée pour l'achat public de biens et, dans certains cas, également de services à financement public. Néanmoins, vu la complexité des projets d'infrastructure, on préfère parfois sélectionner les promoteurs par d'autres méthodes, par exemple la sollicitation de propositions.

19. Dans certains pays, à côté de la mise en concurrence, la législation prévoit d'autres méthodes, par exemple les négociations directes ou, dans le cas de propositions spontanées, la sollicitation d'une source unique. Les négociations directes sont parfois autorisées dans des circonstances exceptionnelles, par exemple lorsque, pour des raisons particulières, les méthodes fondées sur la concurrence ne donneraient pas de résultats satisfaisants, que la valeur escomptée de l'investissement initial ne dépasserait pas un certain montant ou que le projet serait de durée limitée.

20. Une autre question, qui est traitée dans certains pays dans la législation concernant les projets d'infrastructure à financement privé, a trait aux propositions non demandées. Parfois, la loi renvoie à des critères généraux de recevabilité et de négociation de ces propositions sans donner cependant d'autres détails sur la façon dont il convient de les examiner ni les modalités à suivre. Parmi les critères de recevabilité, elle peut généralement retenir la priorité nationale, le caractère exceptionnel et des considérations de coûts. Au sujet de ces propositions, elle peut aussi prévoir des modalités particulières, par exemple définir des critères pour leur examen, à la suite duquel le projet fait l'objet d'une mise en concurrence, l'auteur de la proposition bénéficiant d'une incitation ou d'une préférence sous une forme ou une autre.

C. Critères de qualification

21. Il est proposé de traiter dans cette section les conditions que doivent remplir tous les candidats éventuels, quelles que soient les méthodes selon lesquelles le gouvernement hôte sélectionnera les promoteurs.

22. Le premier groupe de conditions à examiner concerne, par exemple, la situation financière des promoteurs potentiels, ou leur statut juridique. Certaines lois définissent une proportion minimale de prises de participation en pourcentage du coût total des investissements ou plafonnent le montant des fonds publics disponibles pour le projet. La fixation de tels minimums peut être complétée par des dispositions obligeant les promoteurs à prouver qu'ils sont capables de remplir les obligations financières concernant les phases d'étude, de construction et d'exploitation du projet. Il peut exister aussi des critères d'exclusion, par exemple des règles faisant que certaines personnes physiques, ou certaines catégories de personnes physiques ou morales ne sont pas admises en sélection (par exemple des personnes physiques qui, sous une forme ou sous une autre, participent à des activités liées à l'attribution du projet ou des sociétés qui, ayant exercé auparavant une activité similaire, se sont vues retirer leur concession par l'État). Il est proposé d'examiner s'il est souhaitable que la loi traite de ces conditions directement ou si elle doit les confier à l'entité chargée des passations de marchés.

23. La deuxième catégorie d'exigences qu'il est proposé d'examiner dans la même section peut faire l'objet de dispositions accordant un traitement préférentiel d'un type ou d'un autre à des entités nationales ou un traitement spécial à des candidats qui s'engagent à employer des biens ou de la main-d'oeuvre du pays. Un tel traitement préférentiel ou particulier peut constituer une condition de la sélection des promoteurs, servir de critère pour l'évaluation des offres ou être imposé à la société chargée du projet. Il y a des pays où ce traitement préférentiel constitue un critère d'évaluation spécial définissant des marges de préférence pour les candidats nationaux ou ceux qui offrent d'acquiescer les fournitures, les services et les produits sur le marché local. Dans d'autres, la loi ne mentionne pas expressément le recours à des sources nationales d'approvisionnement parmi les critères d'évaluation mais le fait figurer parmi d'autres éléments que les offres doivent ou peuvent comporter. Dans d'autres encore, parmi des candidats à égalité, la préférence doit être accordée à ceux qui sont du pays. Lorsque de telles préférences sont définies, il importe de peser les avantages escomptés par rapport aux besoins particuliers du projet et aussi de veiller à la transparence d'application de ces préférences nationales en tant que critères d'attribution du projet.

D. Sélection

24. Il est suggéré de consacrer une section à la description et à l'analyse du cadre législatif dans lequel doit se dérouler généralement la sélection des projets d'infrastructure et de la décomposer en deux sous-sections, l'une consacrée aux critères de présélection et l'autre à la suite des modalités, y compris les appels d'offres ou les sollicitations de propositions, la teneur des offres ou des propositions, les études de faisabilité ou autres, les garanties de soumission, l'évaluation des offres ou propositions, l'attribution du projet et le règlement des différends.

25. La première question qu'il est proposé d'examiner dans la sous-section concernant la préqualification des promoteurs traite de l'avis d'ouverture de la procédure de qualification, du mode de lancement de celui-ci et de sa teneur. Quant aux conditions de présélection, il est proposé d'examiner, par exemple, les conditions relatives au statut juridique des promoteurs, ainsi qu'à leur expérience et à leurs réalisations passées (ce qui peut s'étendre, par exemple, à ce que les promoteurs ont déjà fait à propos de projets analogues ou apparentés, ou les principales capacités dont ils ont fait preuve en matière de personnel, d'organisation ou de financement).

26. Il est suggéré d'examiner dans la sous-section suivante les dispositions concernant les étapes postérieures à la présélection des offres ou des propositions. Il est souhaitable que les instructions données aux candidats promoteurs indiquent en détail les éléments qui devront faire l'objet de leurs offres ou de leurs propositions, y compris les propositions techniques, financières et juridiques. Il convient d'accorder une importance particulière aux études, par exemple aux études de faisabilité qui doivent être soumises avec les offres ou les propositions et qui, normalement, doivent traiter de questions telles que la commerciabilité, la conception technique et la faisabilité économique, financière et opérationnelle du projet, ainsi qu'une étude d'impact écologique. Cette sous-section devrait aussi examiner s'il importe que le pays d'implantation fasse ses propres études de faisabilité ou les fasse faire. Les instructions données par les autorités du pays d'implantation doivent aussi s'étendre aux critères à appliquer pour l'évaluation des offres ou des propositions. En général, il n'est peut-être pas souhaitable d'alourdir la législation en lui faisant définir en détail le processus de sélection. Néanmoins, jusqu'à un certain degré, la législation peut être importante pour donner des indications au sujet de tous ces aspects à l'entité adjudicatrice. De même, elle peut créer un cadre approprié au fonctionnement de cette entité pendant les phases restantes du processus de sélection. Par exemple, elle peut admettre que la soumission finale des offres ou des propositions soit précédée d'une conférence au cours de laquelle les parties auront la possibilité d'élucider les questions relatives au projet et à la suite de laquelle les autorités du pays d'implantation pourront modifier ou rectifier les instructions, le cas échéant. Il est proposé, en conclusion de cette sous-section, de traiter des négociations et des

modalités d'attribution, ainsi que des mécanismes qui conviendront à la résolution des différends concernant celle-ci.

V. PRÉPARATION

- A. Site du projet
 - 1. Acquisition des terrains pour la construction de l'installation
 - 2. Servitudes de passage et autres
- B. Constitution du concessionnaire
 - 1. En tant que consortium
 - 2. En tant qu'entité juridique indépendante
- C. Licences et approbations

Notes

27. Il est proposé d'examiner au chapitre V que lques étapes importantes des préparatifs de mise en oeuvre du projet : acquisition des terrains pour la construction de l'installation, y compris accès au site du projet, constitution du consortium ou de la société à laquelle la construction et l'exploitation de l'installation d'infrastructure seront concédées, délivrance des licences et approbations nécessaires aux activités du projet. Il est suggéré que le chapitre V examine la mesure dans laquelle la législation peut traiter correctement de ces questions sans priver les parties de la souplesse qui leur sera nécessaire pour répondre aux besoins de chaque projet.

28. Un projet initial de chapitre V est reproduit dans le document A/CN.9/438/Add.3.

VI. ACCORD DE PROJET

- A. Considérations générales
- B. Droits de la société chargée du projet
 - 1. Droits de propriété
 - 2. Exclusivité
- C. Obligations générales de la société chargée du projet
 - 1. Exécution du projet et obligations apparentées
 - 2. Garanties d'exécution
 - 3. Responsabilité et assurance
- D. Sous-concession, cession et garanties
 - 1. Sous-concessions et cession du projet
 - 2. Garanties et charges grevant le projet

Notes

A. Considérations générales

29. Il est proposé de consacrer une section aux considérations générales relatives à l'accord de projet et, en particulier, aux différentes approches à l'accord de projet suivies par la législation du pays (depuis celles qui n'en traitent guère jusqu'à celles qui contiennent d'abondantes dispositions obligatoires concernant les clauses que doit comprendre l'accord). Une telle section examinera les avantages et les limites possibles des approches existantes, compte tenu de la nécessité de donner dans la législation des indications sur la préparation de ces accords de projet et qui peut éventuellement varier selon l'échelon administratif national, provincial ou local). Les autres sections traiteront des droits et obligations de la société chargée du projet qu'il sera peut-être utile de définir non seulement dans l'accord du projet, mais aussi dans la législation, étant donné qu'ils peuvent avoir de nombreuses incidences sur les intérêts de tiers.

B. Droits de la société chargée du projet

30. Il est proposé de traiter de la nature des droits et intérêts de la société chargée du projet dans l'installation et les avoirs qui s'y rapportent; diverses solutions peuvent être trouvées. Dans certains pays, le droit dispose expressément que tous les actifs initialement fournis par le gouvernement du pays d'implantation pour la construction de l'installation ainsi que toutes les installations et améliorations construites par la société chargée du projet appartiennent au gouvernement pendant toute la durée de l'accord. Dans d'autres pays, cependant, il donne à la société chargée du projet certains droits de propriété dont il définit la nature et l'étendue en détail. Il

peut être souhaitable que la législation pertinente précise la nature des droits de propriété de la société chargée du projet, surtout si elle l'autorise à fonder des garanties d'un type ou d'un autre sur ces actifs et ces biens. Également, là où elle prévoit le transfert des installations au gouvernement à la fin de la période de concession, la question peut se poser de savoir qui a des droits sur les améliorations apportées aux biens que la société chargée du projet a reçus initialement.

31. Il est proposé de traiter aussi dans la même section de deux autres questions particulièrement importantes pour les promoteurs et les bailleurs de fonds (mais qui intéressent aussi le gouvernement du pays d'implantation et les usagers de l'installation) : savoir si la concession est exclusive et si l'exploitation d'installations concurrentielles sera autorisée. Les promoteurs et les bailleurs de fonds auront intérêt à obtenir l'assurance que l'installation produira des recettes suffisantes pour rembourser la dette de la société chargée du projet, récupérer l'investissement et permettre un bénéfice raisonnable. C'est pourquoi, dans beaucoup de pays, la législation autorise le gouvernement à octroyer à la société chargée du projet le droit exclusif de poursuivre l'activité qui fait l'objet de la concession. Dans certains cas, le gouvernement s'engage à ne pas accorder de financement public pour des projets parallèles qui pourraient concurrencer cette société. Néanmoins, cette exclusivité n'est pas toujours garantie par la loi. Dans certains cas, le gouvernement veut peut-être se réserver le droit d'accorder des concessions multiples dans le même domaine, à condition de le spécifier dans l'appel d'offres. Dans certains cas, il est autorisé à accorder des concessions selon un régime d'"exclusivité réglementée", dans lequel l'exploitation de l'installation par la société chargée du projet est surveillée par un organe réglementaire qui veille à ce qu'elle réponde aux intérêts du public, élément qui est examiné plus en détail au chapitre IX "Phase d'exploitation".

C. Obligations générales de la société chargée du projet

32. Les obligations qui incombent à la société chargée du projet au sujet de la construction et de l'exploitation de l'installation sont définies par la loi de certains pays sous forme d'une mention générale de l'obligation qui lui incombe de financer, construire, exploiter et entretenir l'installation, tandis que, dans d'autres pays, la loi énumère des listes plus détaillées, par exemple l'obligation de fournir des services adéquats ou de respecter ou de faire respecter les règles et règlements pertinents. Particulièrement en vue du transfert final de l'installation au gouvernement, la loi prévoit parfois que l'accord de projet doit contenir des dispositions concernant le transfert de technologie et définir la façon dont le personnel local nommé par le gouvernement recevra une formation technique appropriée.

33. Aux obligations de la société chargée du projet viennent parfois s'ajouter des dispositions prévoyant une forme ou une autre de garanties d'exécution ou d'assurance contre les conséquences de manquements. La loi peut exiger de manière générale que la société chargée du projet fournisse des garanties d'exécution adéquates et laisser le soin à l'accord de projet de traiter de la question plus en détail. Cependant, il est des législations qui énoncent des dispositions plus détaillées, par exemple exigent que la société chargée du projet fournisse au début de celui-ci des cautionnements de bonne fin à concurrence d'un pourcentage défini de l'investissement de base. Différentes garanties d'exécution peuvent devoir être fournies pour la phase de construction et pour celle d'exploitation. Le gouvernement peut aussi décider d'exiger une garantie d'exécution d'autres entreprises associées au projet ou suffisamment de preuves que les promoteurs ont obtenu des fonds ou se sont assurés des financements suffisants pour la mise en œuvre du projet. Il faut se souvenir que les conditions du cautionnement de bonne fin peuvent être telles que les garants sérieux ne peuvent pas les fournir pour toute la durée du projet. Il est proposé que le Guide envisage les incidences possibles de dispositions de la législation qui prescriraient des types particuliers de garanties, au lieu de laisser cette question de côté pour qu'il en soit traité dans l'accord de projet.

34. Il est proposé d'examiner aussi dans la même section la législation relative aux dommages causés à des tiers au cours de l'exécution du projet ou de l'exploitation de l'installation. La société chargée du projet est normalement responsable des dommages causés au gouvernement, aux usagers du service ou aux tiers qui résultent d'une négligence de sa part. Dans certains cas, cette responsabilité s'étend aux dommages causés à l'environnement. Pour être sûr que la société s'acquitte de ses responsabilités, le droit de certains pays exige qu'elle contracte et conserve une assurance adéquate, y compris pour l'indemnisation de son personnel, tandis que, dans d'autres, elle a la possibilité de s'assurer elle-même contre des formes particulières de responsabilité, sous réserve de l'approbation du gouvernement, au cas où elle ne pourrait pas s'assurer à un coût raisonnable sur le marché national ou international des assurances.

D. Sous-concessions, cessions et garanties

35. Il est proposé de consacrer une section aux questions des sous-concessions, de la cession des droits de la société chargée du projet et des sûretés réelles constituées au profit des créanciers de la société chargée du projet.

36. Dans les cas où la société chargée du projet a le droit de fournir des services auxiliaires ou lorsque la concession porte sur des activités multiples qui peuvent être mises en oeuvre séparément, la société chargée du projet peut vouloir charger une autre entité de l'exécution de certaines de ces activités. Dans certains pays, l'accord de projet doit interdire les sous-concessions ou tout autre arrangement dans ce sens, entièrement ou en partie, sans l'autorisation préalable du gouvernement. Il existe des pays dont le droit procède différemment et qui, sous réserve toutefois de l'approbation préalable du gouvernement hôte, autorise les sous-concessions sous réserve qu'elles soient accordées à l'issue d'une mise en concurrence et que le sous-concessionnaire assume tous les droits et obligations du concessionnaire dans la limite de la sous-concession.

37. Au cours de la durée de vie du projet, il peut arriver que des tiers manifestent l'envie de se substituer à la société chargée du projet. Il peut y avoir des situations aussi où, parce que la société chargée du projet manque à ses obligations ou est incapable de les remplir, il peut être dans l'intérêt des parties de permettre que le projet se poursuive sous la responsabilité d'une autre société ou d'un autre consortium. Ceci peut se faire par la cession de la concession à un tiers. Il existe peu de lois qui interdisent catégoriquement toute cession de concession et d'autres autorisent un tel transfert sous réserve de l'approbation du gouvernement, celle-ci peut être aussi requise en cas de transfert de la majorité des parts de la société. Les bailleurs de fonds, dont les recettes produites par le projet constituent le recours principal ou exclusif, peuvent avoir intérêt à veiller que les travaux ne restent pas inachevés et que la concession soit exploitée avec profit si la société chargée du projet est incapable de le faire. Dans certains cas, la loi reconnaît un tel intérêt et dispose que, dans des circonstances définies, ils peuvent désigner une nouvelle société chargée du projet qui se substitue à la société initiale, sous réserve de l'approbation du gouvernement du pays d'implantation.

38. Une condition indispensable que doit remplir la société chargée du projet pour obtenir un financement pour celui-ci est de pouvoir offrir des sûretés réelles aux bailleurs de fonds, sous forme, par exemple, d'hypothèques ou de cessions d'effets à recevoir produits par le projet. Dans certains pays, la loi le reconnaît expressément en autorisant la société chargée du projet à créer, avec le consentement du gouvernement, des sûretés réelles sur la concession, les droits qui en résultent ou les biens en cause. Certaines législations autorisent parfois expressément la constitution d'hypothèques ou d'autres sûretés réelles sur les biens du projet, à condition que ceux-ci continuent d'être utilisés aux fins de la concession. D'autres, néanmoins, interdisent strictement la constitution de tout ce qui pourrait grever la concession ou les droits qui s'y rapportent ou disposent que l'accord de concession peut prévoir une telle interdiction. Il est proposé d'examiner les incidences que peuvent avoir de telles approches.

VII. APPUI DE L'ÉTAT

- A. Appui financier
 - 1. Garanties souveraines
 - 2. Prêts et garanties de recettes
- B. Incitations, facilités et avantages
 - 1. Fiscalité et douanes
 - 2. Sources auxiliaires de recettes
 - 3. Autres assurances et facilités

Notes

A. Appui financier

39. Il est proposé, au début du chapitre VII, de traiter des mesures financières que le gouvernement du pays d'implantation pourrait prendre afin de réduire les risques commerciaux, financiers, politiques ou autres auxquels seraient exposés la société chargée du projet et les bailleurs de fonds. Le gouvernement trouve souvent intéressant de poursuivre des projets d'infrastructure à financement privé pour limiter les engagements de fonds publics, motivation qui inspire des lois qui font du concessionnaire le seul responsable de la viabilité financière du projet sans que le gouvernement accorde la moindre garantie. D'autres lois, en revanche, pour encourager l'investissement privé, autorisent le gouvernement à partager les risques du projet en apportant un appui financier

sous une forme ou sous une autre, par des garanties ou des prêts, sans lesquels le projet ne pourrait pas se concrétiser. Il est proposé d'examiner s'il est souhaitable de laisser au gouvernement une certaine latitude pour déterminer l'importance de l'appui qu'il peut fournir pour la mise en oeuvre du projet. À cette fin, il est suggéré d'examiner des modes d'appui qui sont parfois envisagés par la législation de certains pays et qui, dans d'autres, peuvent nécessiter une autorisation spéciale.

40. Les garanties envisagées par la législation des différents pays peuvent consister en garanties de change, par exemple la garantie que les recettes produites par l'installation pourront être converties en devises, pour rembourser le capital et l'intérêt du prêt, payer les dépenses nécessitant des devises ou payer aux investisseurs étrangers leur part de bénéfices des garanties de paiement des biens et services fournis par la société chargée du projet lorsqu'ils sont à l'État ou à une entité publique, ou des garanties de prêt au sujet du remboursement des prêts contractés par la société chargée du projet. La capacité de remboursement de celle-ci dépendant essentiellement des recettes qui seront retirées du projet, le gouvernement, en garantissant le remboursement des prêts, pourrait fournir l'assurance aux bailleurs de fonds et à la société chargée du projet qu'il ne courront pas de risques excessifs en cas de dénonciation anticipée de l'accord ou si la situation change de manière imprévisible, ou en cas d'urgence, indépendante de la volonté de la société chargée du projet, qui empêche momentanément celle-ci d'exploiter le projet ou de remplir ses obligations financières. Certaines formes de garanties fournies par l'État pourraient être renforcées par des garanties d'institutions financières internationales comme la Banque mondiale. Certaines de ces institutions peuvent garantir ou assurer contre un certain nombre de risques dans l'intérêt direct du secteur privé.

41. En plus des garanties, dans certains cas, l'État d'implantation du projet, directement ou par l'intermédiaire d'un organisme public, peut lui-même accorder certains prêts à la société chargée du projet à des fins spécifiques, par exemple en cas de pertes ou de dommages qui seraient provoqués par lui ou dus à la force majeure, ou pour financer des modifications de l'accord de projet. Ces prêts peuvent nécessiter que la société chargée du projet fournisse certaines garanties, sous forme par exemple d'hypothèques des biens immobiliers qui lui sont fournis pour mettre en oeuvre le projet. L'octroi de tels prêts, comme les garanties de prêt, peut constituer un moyen pour le gouvernement de partager les risques liés au projet sans avoir à engager directement des fonds publics. Du point de vue des bailleurs de fonds et des promoteurs, ce partage des risques peut être utile pour réduire ou limiter les pertes qu'ils pourraient encourir du fait d'actes unilatéraux du gouvernement ou d'autres événements indépendants de la volonté de la société chargée du projet.

42. Autre forme d'appui financier, par exemple, le gouvernement peut garantir un minimum de recettes à la société chargée du projet. Si lui-même ou une entité publique est le seul client des services ou biens fournis par le concessionnaire, la loi dispose dans certains cas qu'il a l'obligation ou qu'une entité gouvernementale a l'obligation d'acquiescer ces biens et services à un taux convenu, tels qu'ils sont offerts par le concessionnaire. Au sujet des services fournis directement au public, le gouvernement s'engage parfois à subventionner la société chargée du projet au cas où les tarifs officiellement approuvés descendraient au-dessous de ce qui a été défini dans l'accord de projet. Dans d'autres cas, le gouvernement paie à la société chargée du projet directement un montant forfaitaire ou variable, en fonction de l'évaluation du nombre d'utilisateurs payant les biens ou services fournis par l'installation, qui a été faite au cours du processus de sélection.

B. Incentives, facilités et avantages

43. Il est proposé de traiter dans une section à part d'autres formes d'appui qui sont souvent fournies pour les projets d'infrastructure à financement privé. L'État où sera implanté le projet peut accorder des exonérations ou des allègements d'impôts et de droits de douane ou des avantages à la société chargée du projet (par exemple, pour faciliter par des exonérations douanières l'importation de matériel qui servira à celle-ci) ou peut décider de lui accorder certaines préférences fiscales. Parfois, la loi autorise l'État soit à accorder une exonération des droits de douane, soit à garantir que leur niveau ne sera pas relevé au détriment du projet.

44. Une façon de réduire le risque commercial auquel est exposée la société chargée du projet peut consister à lui offrir la possibilité d'obtenir des concessions supplémentaires pour la fourniture de services auxiliaires ou l'exploitation d'autres activités. En ménageant à la société d'autres sources de revenus, l'État peut lui permettre d'appliquer une politique de prix bas ou contrôlés pour le service principal. Ainsi, dans certains pays, la loi autorise les pouvoirs publics à disposer, dans l'appel d'offres, que le concessionnaire aura la possibilité de retirer d'autres bénéfices de projets qui constituent une solution de remplacement au premier, ou le complètent ou en sont des auxiliaires, avec ou sans exclusivité, afin de l'inciter à appliquer des bas barèmes. Parfois, le gouvernement peut accorder à la société chargée du projet le droit d'utiliser des biens lui appartenant pour de telles activités (par exemple, terrains adjacents à une autoroute pour la construction d'une aire de service).

45. Parmi les autres assurances et facilités qui peuvent être accordées par le gouvernement à la société chargée du projet peut figurer la fourniture de diverses formes d'assurance de la société ou de son personnel, ou la certitude qu'elle recevra ou aura des facilités pour obtenir les fournitures, biens et installations dont elle a besoin pour exploiter l'installation d'infrastructure.

VIII. PHASE DE CONSTRUCTION

- A. Entrepreneurs de la société chargée du projet
 - 1. Modalités d'attribution
 - 2. Régime contractuel
- B. Élaboration du projet
 - 1. Surveillance de la réalisation du projet
 - 2. Réception et approbation finale

Notes

A. Entrepreneurs de la société chargée du projet

46. Vu la complexité des projets d'infrastructure, il est probable que la société chargée du projet voudra obtenir les services d'un ou de plusieurs entrepreneurs pour exécuter les travaux prévus par l'accord de projet. Il est proposé de traiter dans une section du chapitre VIII des modalités de sélection de ces entrepreneurs et de ses dispositions législatives régissant les contrats avec la société chargée du projet.

47. La question de la sélection des entrepreneurs de la société chargée du projet a été abordée selon deux grandes approches. Dans certains pays, la loi exige de la société qu'elle indique dans son offre ou sa proposition les entrepreneurs dont elle s'assurera les services, en donnant des renseignements sur leurs capacités techniques et leur situation financière; dans d'autres, il est seulement demandé aux promoteurs potentiels d'indiquer le pourcentage, le cas échéant, de la valeur totale des travaux qu'ils entendent confier à des tiers. Il existe aussi des lois qui font obligation à la société de respecter, pour sélectionner ses entrepreneurs, essentiellement les mêmes règles que celles qui ont été appliquées à sa propre sélection et qui peuvent aussi valoir pour les sous-traitants des entrepreneurs.

48. Le groupe de promoteurs comprend souvent des sociétés d'ingénierie et de construction qui participent au processus de sélection dans l'espoir de se voir attribuer les principaux contrats relatifs à la construction et aux autres travaux. Ces sociétés peuvent hésiter à se joindre à d'autres promoteurs si elles n'ont pas l'assurance d'obtenir ces contrats. Comme solution, il est possible de suivre une règle analogue aux règles d'achat de certaines institutions financières internationales qui disposent que, lorsque la société chargée du projet est sélectionnée à l'issue d'un appel à la concurrence acceptable par elles, la société chargée du projet est libre de procéder comme elle l'entend pour se procurer les biens, travaux et services nécessaires pour l'installation. Néanmoins, si la société chargée du projet n'est pas elle-même choisie à l'issue d'un appel à la concurrence acceptable par ces institutions, les biens, ouvrages et services nécessaires pour l'installation doivent être obtenus à l'issue d'un appel à la concurrence.

49. Il est courant que la société chargée du projet et ses entrepreneurs choisissent un droit qui leur est familier et qui, selon eux, régit de manière adéquate les questions qui font l'objet de leurs contrats. Les promoteurs potentiels, normalement, n'auront guère envie de conclure leurs contrats dans un système de droit qu'ils ne connaissent pas et peuvent donc hésiter à participer à un projet si la législation du pays d'implantation soumet tous leurs contrats au droit de celui-ci ou subordonne l'application d'un droit étranger à l'approbation du gouvernement. Le plus souvent, néanmoins, les gouvernements ne jugent pas indispensable de définir le droit qui doit s'appliquer aux contrats entre la société chargée du projet et ses entrepreneurs et préfèrent que cette question soit réglée par une clause définissant le droit applicable ou les règles concernant les conflits de droit. Dans certains cas, des dispositions ont été ajoutées à la législation pour préciser, le cas échéant, que les contrats conclus entre la société chargée du projet et ses entrepreneurs étaient exclusivement régis par le droit privé, que les entrepreneurs n'étaient pas des agents de l'État et que, donc, celui-ci n'était pas responsable des actes des entrepreneurs dont il n'avait nullement l'obligation d'indemniser le personnel cas de maladie, d'accident ou de décès lié au travail.

B. Réalisation du projet

50. Dans la section B du chapitre VIII, il est proposé d'examiner les questions juridiques concernant la réalisation du projet, y compris les modalités de surveillance de l'avancement des travaux de construction et de réception finale de l'installation d'infrastructure.

51. Dans beaucoup de pays, la législation contient des dispositions concernant la réalisation du projet et les modalités qui garantissent que la société chargée du projet se conforme aux études et spécifications techniques. Il peut être prévu que l'État doit examiner le projet de construction initial pour s'assurer qu'il est conforme aux spécifications et aux exigences techniques de sa réalisation. Pour ne pas retarder le début de la construction, la loi peut fixer une date limite pour l'approbation du projet de construction par les autorités de l'État et disposer que cette approbation est considérée comme accordée si elles ne forment pas d'objections dans un délai défini. Au cas où elles trouveraient que le projet de construction s'écarte des spécifications, la loi dispose parfois expressément qu'elles ont le droit de demander des modifications et précise qu'elles ne sont pas responsables des retards dus éventuellement à ces changements. Dans certains cas, en plus de fixer une date limite pour l'examen du projet de construction par les autorités publiques, la loi peut limiter expressément les motifs pour lesquels celles-ci peuvent soulever des objections au projet et définir des règles pour la solution des désaccords.

52. Après approbation du projet de construction, la loi prévoit souvent une surveillance continue des pouvoirs publics pendant toute la phase de construction. Elle peut traiter de l'exécution du projet en diverses étapes, conformément au calendrier fourni dans l'accord de projet, et nécessiter l'approbation des pouvoirs publics pour l'achèvement officiel de chacune d'elles. Afin de faciliter les rapports entre les autorités et la société chargée du projet, elle exige parfois qu'elles désignent un responsable de toutes les fonctions de surveillance prévues par la loi ou indique quel organe gouvernemental est chargé de le faire. Dans certains projets, on a jugé utile d'exiger de la société qui en est chargée qu'elle nomme un directeur de projet indépendant par lequel transitent toutes les communications avec l'entité gouvernementale compétente.

53. Lorsque les travaux exécutés par la société chargée du projet sont jugés non satisfaisants ou non conformes aux spécifications, la loi dispose parfois que la société est passible de pénalités ou doit verser des dommages-intérêts spécifiés dans l'accord de projet. Il est proposé d'examiner cette question au chapitre X, "Questions liées à l'exécution".

54. À l'achèvement de la construction, il y a des pays où la loi prévoit que la société chargée du projet ne peut être autorisée à exploiter l'installation qu'après inspection et réception finale des travaux par les autorités publiques. La loi peut aussi autoriser l'exploitation provisoire de l'installation, en attendant la réception finale. L'inspection finale de l'installation inclut parfois les essais, selon les besoins, de tout le matériel installé par la société chargée du projet, ce qui permet aux autorités de s'assurer qu'il est en bon état de fonctionnement et à la société de corriger les défauts qui pourraient être découverts à ce stade. Au sujet des installations destinées au public, les dispositions de cet ordre peuvent être très importantes pour l'État, particulièrement dans les pays où il est directement ou résiduellement responsable envers le public des dommages ou blessures imputables à des défauts de construction de l'installation. Dans le cas d'autres installations fermées au public et auxquelles on n'a seulement accès normalement la société chargée du projet et son personnel, l'intérêt public peut être moins massif et les autorités se contentent d'exiger de la société chargée du projet qu'elle procède à ces essais, sous réserve de l'exercice par elle de droits de surveillance générale.

IX. PHASE D'EXPLOITATION

- A. Considérations générales concernant la réglementation
- B. Conditions d'exploitation
 - 1. Étendue et qualité des services
 - 2. Prix et relèvement de prix
 - 3. Relations avec les usagers
- C. Inspections et surveillance
 - 1. Inspection générale
 - 2. Pouvoirs de surveillance spéciaux

NotesA. Considérations générales concernant la réglementation

55. Il est proposé de traiter d'abord dans le chapitre IX des questions générales relatives à la réglementation qui concernent l'exploitation de l'installation de l'infrastructure par la société chargée du projet. Les pouvoirs publics qui recherchent la participation du secteur privé dans le domaine de l'infrastructure en attendent généralement des gains d'efficacité et une grande qualité de service que parfois les monopoles d'État obéissant à leurs propres règles ne peuvent assurer. Là où plusieurs concessions sont accordées pour le même secteur, le gouvernement peut espérer que la concurrence entre les concessionnaires aura un certain effet réglementaire et favorisera l'efficacité et la qualité. Néanmoins, il peut juger aussi impossible de toujours se fier au marché pour résoudre les questions posées par l'exploitation d'une installation d'infrastructure conforme aux intérêts publics, de sorte qu'une certaine forme de régulation extérieure peut demeurer nécessaire. Une telle régulation peut être encore plus importante dans le cas de concessions exclusives où un monopole naturel remplace un monopole d'État.

56. Dans certains cas, les autorités essaieront peut-être de régler toutes les questions réglementaires (par exemple, qualité des services, barèmes) dans l'accord de projet ou par une législation pertinente, ce qui risque de ne pas toujours être adapté au caractère à long terme des projets d'infrastructure à financement privé. Dans d'autres, la société chargée du projet peut se voir accorder une grande latitude pour définir ses propres principes commerciaux et sa politique des prix, solution que certains gouvernements hésiteront peut-être à adopter. Ceux qui souhaitent se réserver la possibilité de réglementer l'exploitation de l'installation d'infrastructure, parfois, confient le soin de le faire aux autorités qui ont attribué la concession. D'autres, cependant, peuvent préférer créer un autre organe chargé de ce travail et lui laisser une certaine liberté dans l'exercice de ses fonctions. Quel que soit le mécanisme retenu, les pouvoirs publics trouveront peut-être utile de donner par des textes de loi un certain degré d'orientation pour l'exercice de telles fonctions réglementaires.

B. Conditions d'exploitation

57. Une fois examinés ces éléments généraux de la réglementation, il est proposé de traiter dans une section distincte les trois questions fondamentales que posent les conditions d'exploitation de l'installation d'infrastructure : l'ampleur et la qualité des services fournis par la société chargée du projet, la définition et l'ajustement des prix demandés par la société et les relations de celle-ci avec les acheteurs de biens ou de services ou les usagers de l'installation.

58. Il peut être parfois question en termes généraux de l'étendue des services que doit fournir la société chargée du projet, particulièrement dans la législation applicable à un secteur ou service particulier. Parfois, l'étendue des services et leur mode de fourniture peuvent faire l'objet de règles définies par l'organe réglementaire compétent ou par la société avec l'approbation de cet organe. En plus de règles générales concernant l'étendue des services, il existe des lois qui définissent les critères d'évaluation de la qualité des services à fournir par la société, de même que des définitions générales des normes de qualité applicables. Une autre solution consiste à laisser l'accord de projet régler cette question.

59. Tout en reconnaissant que les conditions de la concession sont soumises à l'accord des parties, dans certains systèmes de droit, l'administration publique a le droit de modifier l'ampleur et les caractéristiques des services que la société chargée du projet doit fournir pour des raisons d'intérêt public, étant entendu que la société est indemnisée en cas de pertes financières ou de coûts supplémentaires résultant de telles modifications décidées unilatéralement.

60. Au sujet des prix pratiqués par la société, deux approches fondamentales ont été observées : dans certains cas, la société est libre de déterminer sa politique des prix et sa politique commerciale et, dans d'autres, la loi fait dépendre le prix initial demandé par la société de mécanismes de contrôle (par exemple, approbation par l'organe réglementaire compétent, obligation de définir les prix dans l'accord de projet). L'organe réglementaire compétent peut être chargé d'approuver les critères et les paramètres qui serviront à déterminer des prix raisonnables permettant à la société de récupérer son investissement et d'obtenir un rendement justifié. Dans certains cas, la loi elle-même peut prescrire la méthode de détermination des prix que la société fera payer.

61. En plus de contenir des dispositions au sujet de la détermination des prix initiaux, la loi peut énoncer les règles applicables aux ajustements de ces prix pendant la durée de l'accord. Le niveau proposé des barèmes est souvent un facteur important, sinon décisif, dans la sélection des promoteurs. Donc, les autorités du pays

d'implantation peuvent avoir intérêt à fixer des limites raisonnables aux hausses des barèmes afin de dissuader les promoteurs éventuels de soumettre des propositions trop basses pour être réalistes dans l'espoir de pouvoir relever ultérieurement leurs barèmes. Les critères et paramètres d'ajustement de prix sont quelquefois indiqués par la loi, par exemple lorsqu'il existe des indices de prix officiels. En plus des ajustements qui résultent de variations de ces indices, la loi de certains pays dispose que l'organe réglementaire compétent en autorise lorsque les coûts encourus par la société chargée du projet augmentent à la suite de mesures officielles, entre autres, de modifications de la fiscalité postérieures à l'accord de projet. Pour concevoir des mécanismes appropriés d'ajustement des prix, il est souhaitable que le gouvernement tienne compte de ce que les autres parties intéressées attendent. Par exemple, les bailleurs de fonds peuvent avoir besoin d'une formule définie par avance concernant les ajustements de prix pour estimer ce que le projet leur rapportera. Ils voudront donc peut-être qu'une telle formule apparaisse dans l'accord de projet ou dans un autre document d'application générale plutôt que de la laisser à la seule discrétion d'un organe réglementaire. Donc, lorsque c'est à un tel organe qu'il revient d'approuver les paramètres ou les conditions de hausses de prix, les bailleurs de fonds sont peut-être rassurés si la loi prévoit des lignes directrices pour cela. Une autre question apparentée est la mesure dans laquelle, dans l'intérêt du projet, la loi peut dispenser la société qui en est chargée d'avoir à appliquer certaines de ses dispositions concernant les contrôles des prix et des barèmes ou réservant un traitement plus favorable à certaines catégories d'usagers.

62. Là où la société fournit un service directement au public, la loi de certains pays règle leur relations ou définit les droits et obligations des usagers. Elle exige souvent de la société qu'elle fournisse le service sans faire de distinction entre les groupes d'usagers, sauf pour des motifs objectifs, par exemple en raison des caractéristiques techniques et des coûts spécifiques de fourniture du service à différentes catégories. Dans certains cas, il peut être demandé à la société de conclure des contrats avec les usagers du service ou les consommateurs des biens qu'elle fournit (par exemple, gaz, eau ou électricité). Selon la nature de ces biens ou de ces services, la loi peut prévoir une succession d'arrangements juridiques, définis chacun par un contrat différent, par exemple, dans le domaine de l'énergie, entre le producteur et le transporteur, entre le transporteur et le distributeur, et entre le distributeur et le consommateur.

63. Dans certains cas, il est fait obligation à la société de définir des modalités de règlement des revendications et des plaintes des usagers du service. Dans d'autres cas, la loi charge l'organe réglementaire ou un autre organisme gouvernemental compétent de protéger les intérêts des usagers du service et de garantir leur droit à formuler des revendications contre un tel organisme.

C. Inspections et surveillance

64. Parce que les projets d'infrastructure sont importants pour le pays d'implantation et que ce sont eux qui sont en définitive responsables de la qualité des services fournis au public, il est probable que les autorités voudront conserver le droit de surveiller l'exploitation de l'installation. Diverses approches sont possibles : certaines lois chargent des représentants de l'État d'effectuer des inspections, définissent les pouvoirs qui leur sont impartis et décrivent en détail les modalités de ces inspections, d'autres, au contraire, ne traitent de ces pouvoirs d'inspection et de surveillance qu'en termes généraux et prévoient que les modalités correspondantes doivent être définies dans l'accord de projet. En outre, la société chargée du projet peut avoir pour obligation de faire régulièrement rapport à l'organe réglementaire compétent au sujet de l'exploitation de l'installation ou de soumettre des rapports spéciaux sur demande. Si elle ne respecte pas ses obligations contractuelles ou légales, elle peut s'exposer à des amendes ou à d'autres sanctions financières, selon la loi, question qu'il est proposé d'examiner au chapitre X, "Questions liées à l'exécution". En général, cependant, l'exercice de telles fonctions de surveillance par les pouvoirs publics ne dégage pas la société de ses responsabilités en cas de dommages subis par eux, des usagers ou des tiers parce qu'elle ne s'est pas acquittée de ses obligations.

65. Il est souhaitable généralement que les inspections et les contrôles aient lieu de telle sorte qu'ils gênent le moins possible l'exploitation de l'installation ou évitent des interventions excessives pendant celle-ci. Au sujet du coût des inspections et des mesures apparentées, la loi de certains pays les fait supporter par la société chargée du projet conformément à ce que décide le gouvernement alors que, dans d'autres, elle laisse le soin à l'accord de projet de régler ces détails.

66. Dans certains pays, en plus de pouvoirs généraux d'inspection, la loi donne aux autorités la possibilité de prendre la direction et d'administrer temporairement l'installation pour des raisons d'intérêt public. Parfois, elle définit les pouvoirs du représentant de l'État chargé de l'administration temporaire et, généralement, ne lui permet pas de disposer des actifs ou de demander qu'il soit mis fin à la concession. Pour donner aux promoteurs et aux bailleurs de fonds potentiels l'assurance que ces pouvoirs ne seront pas exercés arbitrairement ou à tort, la loi peut

définir les circonstances exceptionnelles qui autorisent le gouvernement à désigner un administrateur temporaire (voir aussi par. 37 du présent document).

CHAPITRE X. QUESTIONS LIÉES À L'EXÉCUTION

- A. Retards, défauts et autres défauts d'exécution
 - 1. Définition du défaut d'exécution
 - 2. Défaut pendant la phase de construction et la phase d'exploitation
- B. Suspension
 - 1. Définition des événements justifiant une suspension
 - 2. Conséquence pour les parties
- C. Changement de circonstances
 - 1. Actes du gouvernement
 - 2. Clauses d'adaptation

Notes

A. Retards, défauts et autres défauts d'exécution

67. Il est proposé de consacrer une section aux défauts d'exécution par la société chargée du projet, question que les différentes législations abordent différemment. Dans certains pays, elles ne contiennent pas de disposition spécifique à ce sujet et laissent à l'accord de projet le soin de les régler. Dans d'autres, cependant, des dispositions libellées en termes généraux définissent les manquements de la société à ses obligations et prévoient des recours, qui constituent un cadre général pour des dispositions plus détaillées énoncées dans l'accord de projet ou dans des règlements spécifiques. Pour définir des dispositions à ce sujet, il peut être bon de distinguer, comme le font certains droits, les défauts au cours de la phase de construction et les défauts dans l'exploitation de l'installation par la société chargée du projet.

68. Un certain nombre de mesures peuvent être attendues de la société avant l'exécution (par exemple, elle peut devoir s'assurer les moyens financiers nécessaires, établir la documentation technique, signer l'accord de projet dans un délai défini à partir de l'attribution de la concession, constituer la société chargée du projet, obtenir les autorisations ou permis). Les pouvoirs publics disposent de divers recours si la société ne remplit pas ces conditions, et peuvent même, dans les situations graves, dénoncer l'accord de projet. Dans ces cas, il peut être souhaitable de prévoir que le gouvernement doit notifier par écrit à la société qu'elle doit remplir les conditions non encore satisfaites avant de dénoncer l'accord de projet. En particulier, si la dénonciation est due à ce que la société n'a pas obtenu de licences, il peut être bon en outre de spécifier qu'aucune dénonciation ne peut avoir lieu si le défaut n'est pas imputable à la société chargée du projet. Une telle disposition peut donner aux bailleurs de fonds et aux promoteurs l'assurance qu'ils ne seront pas pénalisés, par exemple, par l'inaction ou des erreurs de l'État ou de ses agents.

69. Au cours de la phase de construction, les défauts peuvent se classer en deux grandes catégories : retard dans la construction ou construction défectueuse. À ce stade, les recours peuvent alors consister en paiement au titre des garanties fournies par la société, ou paiement de dommages-intérêts spécifiés, de pénalités ou d'amendes. Généralement, il peut suffire que la loi requière que l'accord de projet contienne des dispositions sans définir un système de recours applicable à tous les types de projets. Dans la plupart des situations, il peut être conseillé de faire de la dénonciation de l'accord de projet et du retrait de la concession des mesures de dernier recours applicables seulement en cas de défauts particulièrement graves ou répétés, ou lorsqu'il n'est plus possible d'escompter raisonnablement que la société chargée du projet sera capable ou désireuse d'achever les travaux ou de corriger les défauts. Certains pays appliquent des règles spéciales pour établir le défaut avant d'user de recours contractuels. Aussi bien l'État que les bailleurs de fonds ont intérêt à faire en sorte que la construction de l'installation soit achevée. Donc, dans certains cas, plutôt que dénoncer l'accord et prendre en charge la tâche et le coût d'achèvement de l'installation, les autorités publiques voudront peut-être donner aux bailleurs de fonds la possibilité de désigner une société de remplacement, qu'ils puissent agréer, et qui soit chargée d'achever l'installation d'infrastructure et de la mettre en service (voir par. 37 du présent document).

70. Pendant l'exploitation de l'installation, il peut être souhaitable aussi que la loi donne aux parties la possibilité de définir une hiérarchie de recours à la disposition des autorités publiques, en fonction de la gravité et des répercussions des défaillances de la société chargée du projet, et de l'accompagner de dispositions prescrivant les modalités selon lesquelles on constatera le défaut et on fera usage des recours disponibles. Dans certains

systèmes de droit, les pouvoirs publics ont le droit de se charger temporairement d'exploiter l'installation, normalement en cas de défauts d'exécution graves. Il est possible que la loi dispose que certains faits justifient le retrait de la concession. Dans ce cas aussi, il peut être souhaitable de limiter le retrait de la concession pendant son exploitation à des conditions particulièrement graves.

B. Suspension

71. Le législateur a intérêt à tenir compte des faits qui peuvent empêcher la société chargée du projet, temporairement ou de façon permanente, de s'acquitter de ses obligations contractuelles et qui sont appelés cas de force majeure ou désignés par d'autres termes analogues. Ces empêchements peuvent être la conséquence de phénomènes naturels, par exemple incendie, tempête ou inondation, ou être provoqués par l'homme, par exemple dans les situations de guerre, de troubles ou de révolte. De tels faits peuvent parfois justifier que l'on suspende l'exécution du projet ou l'exploitation de la concession tant qu'ils durent, jusqu'à concurrence d'une période maximale. La question de savoir si la société chargée du projet peut demander des indemnités à l'État ou si celui-ci partagera certains des coûts résultant de la suspension du projet trouve en droit des réponses différentes selon les pays. Parfois, la loi définit les modalités selon lesquelles on détermine dans tel ou tel cas si un événement constitue ou non un cas de force majeure.

C. Changement de circonstances

72. La législation de certains pays traite des droits de la société chargée du projet au cas où un acte du gouvernement empêche l'exécution du projet. Dans certains cas, elle prévoit que l'État doit s'engager en général à ne pas faire obstacle à l'exécution du projet, si ce n'est dans des conditions particulières. Dans d'autres systèmes de droit, cependant, l'État a habituellement le droit de modifier les conditions de la concession lorsque l'intérêt public l'exige, sous réserve d'indemniser le concessionnaire. Si l'exécution du projet est interrompue à la suite d'un acte du gouvernement, la société chargée du projet peut avoir droit à une prolongation de la période de concession de même qu'à une indemnité pour le dommage subi. Si, dans certains cas, on peut entendre implicitement que c'est à l'État de verser une telle indemnisation, il peut être opportun de prévoir une disposition spécifique à cet effet pour donner à la société l'assurance qu'elle n'aura pas à supporter des coûts supplémentaires à la suite d'actes du gouvernement qui ne seraient pas dus à un défaut de sa part.

73. Une autre question apparentée a trait à la transformation de facteurs qui, sans empêcher la société de s'acquitter de ses obligations contractuelles, rendent l'exécution considérablement plus onéreuse pour elle qu'il n'avait été prévu au moment où elle avait contracté ces obligations. Certains systèmes de droit comportent des règles particulières dans ce cas qui permettent de revoir les conditions de l'accord de projet pour en rétablir l'équilibre économique d'origine. Dans certains cas, la possibilité d'une révision des conditions de l'accord est généralement implicite dans tous les contrats passés avec l'État ou reconnue expressément par la législation. Certaines dispositions législatives concernant les projets d'infrastructure à financement privé reconnaissent généralement la possibilité de tels changements de circonstances mais laissent aux accords de projet le soin de leur trouver des solutions concrètes.

XI. EXPIRATION, PROROGATION ET DÉNONCIATION ANTICIPÉE DE L'ACCORD DE PROJET

- A. Expiration de l'accord de projet
 - 1. Conditions de l'accord de projet
 - 2. Transfert de l'installation et mesures apparentées
- B. Prorogation de l'accord de projet
- C. Dénonciation anticipée de l'accord de projet
 - 1. Motifs d'une dénonciation anticipée
 - 2. Conséquences pour les parties

Notes

A. Expiration de l'accord de projet

74. Il est suggéré de traiter de l'expiration, de la prorogation et de la dénonciation anticipée de l'accord de projet en commençant par les conséquences de l'expiration de l'accord et du transfert du projet au gouvernement à la fin de la période du projet.

75. Dans beaucoup de pays, la loi limite la durée de la concession à un certain nombre d'années qui, parfois, englobent expressément la période de construction, de même que toute prorogation accordée pour des raisons de force majeure. Elle inclut la période de construction dans la période de concession totale pour inciter la société chargée du projet à achever les travaux avant la date fixée, de façon à bénéficier ainsi d'une période de concession plus longue. Dans certains cas, tout efois, les autorités préfèrent un système mixte par lequel l'accord de projet prend fin une fois que la société chargée du projet a totalement remboursé ses dettes et qu'un certain niveau de recettes, de production ou d'utilisation a été atteint, au cours d'un nombre d'années plafonné.

76. Dans les projets du type CET, l'installation d'infrastructure est normalement transférée à l'État à la fin de la période de concession. Dans certains pays, la loi dispose expressément que les actifs transférables sont non seulement ceux qui ont été initialement fournis à la société chargée du projet, mais aussi les actifs, biens et avoirs ultérieurement acquis par celle-ci aux fins de l'exploitation de l'installation tandis que, dans d'autres, il est prévu que c'est l'appel d'offres ou l'accord de projet qui doit élucider la question. Certaines lois disposent expressément qu'à la fin de la concession, l'État accorde à la société chargée du projet une indemnisation au titre de ses améliorations qu'elle a apportées aux biens d'origine afin de garantir la continuité du service et dont elle n'est pas encore remboursée à cette date. Dans ces cas, il a le droit de recevoir les actifs et biens liés à la concession dans un état satisfaisant et exploitable. Pour cela, il peut être demandé à la société de fournir une garantie financière quelconque. Parfois, l'installation est spécialement inspectée avant la fin de la concession et, à la suite de cette inspection, le gouvernement peut demander que la société prenne des mesures d'entretien supplémentaires de sorte que l'installation soit en bon état à la date du transfert. La loi prévoit alors que les garanties fournies par la société doivent être maintenues jusqu'à ce que le gouvernement du pays d'implantation prenne réception de l'installation dans des conditions qui le satisfassent et qu'il peut utiliser les garanties pour payer les réparations des actifs ou biens endommagés.

B. Prorogation de l'accord de projet

77. Il est proposé d'examiner dans la deuxième partie du chapitre XI la possibilité de proroger l'accord de projet, question à laquelle les pays apportent différentes solutions juridiques. Dans certains, la loi autorise que la période de concession soit prorogée une ou plusieurs fois d'une durée égale ou plus courte tandis que, dans d'autres, elle interdit en général les prorogations, sauf dans des cas exceptionnels, par exemple pour permettre à la société chargée du projet de récupérer le coût de travaux exceptionnels nécessaires dans l'installation.

78. Parfois, la prorogation de la période de concession est limitée pour protéger l'État contre les exigences de la société chargée du projet. Dans certains pays, pour favoriser la concurrence dans le secteur considéré, la loi exige des pouvoirs publics qu'à expiration de la concession, ils soumettent son renouvellement à un appel d'offres, auquel cas la société chargée du projet peut bénéficier d'une légère préférence sur d'autres candidats également qualifiés.

C. Dénonciation anticipée

79. Il est suggéré d'examiner dans une section distincte les faits ou les circonstances qui provoquent ou justifient la dénonciation anticipée de l'accord de projet et les conséquences qui en découlent pour les parties.

80. Parmi les principaux motifs courants de dénonciation anticipée, on peut citer l'ouverture de certains types de procédures pour insolvabilité à l'encontre de la société chargée du projet, l'expropriation de celle-ci, la dénonciation pour des motifs d'intérêt public, l'incapacité de la société à s'acquitter entièrement ou partiellement de ses obligations, ou le non-respect de leurs obligations par les pouvoirs publics.

81. En général, l'expropriation ou la reprise de la concession par l'État pour des raisons d'intérêt public fait l'objet d'une procédure spéciale et donne lieu à une indemnisation appropriée. Dans quelques pays, la loi donne expressément à la société chargée du projet le droit de dénoncer l'accord si le gouvernement ne s'acquitte pas ou ne peut pas s'acquitter de ses obligations.

82. Si la société chargée du projet est insolvable, ou ne continue pas ou est incapable de continuer à assurer le service, l'État peut avoir intérêt à prévoir des dispositions pour éviter l'interruption de celui-ci. La loi peut lui donner alors la faculté de désigner un administrateur temporaire chargé de veiller à ce que le service considéré continue d'être fourni, ou permettre aux bailleurs de fonds de se substituer à la société chargée du projet ou de désigner un remplaçant. Dans certains pays, la législation prévoit la poursuite de cette administration temporaire jusqu'à ce que les créanciers admis à faire valoir leurs droits dans la liquidation judiciaire décident, sur recommandation de l'administrateur de la liquidation, si l'activité sera poursuivie ou si le droit d'exploiter la

concession sera mis aux enchères. Dans certains cas, la loi exclut les actifs et biens liés à la concession de la procédure de liquidation, ou exige que l'État approuve au préalable tout acte par lequel un liquidateur ou un administrateur disposerait des biens et actifs (voir aussi par. 66).

83. À la différence d'une dénonciation anticipée qui sanctionne l'inexécution de ses obligations par la société chargée du projet, une dénonciation anticipée pour des motifs d'intérêt public n'est normalement pas imputable à des actes commis par la société, distinction dont la loi peut tenir compte pour déterminer l'indemnisation à payer à la société dans chaque cas.

XII. DROIT APPLICABLE

Notes

84. Il est proposé de traiter dans ce chapitre du droit applicable aux projets d'infrastructure à financement privé et des incidences que peuvent avoir différentes formes de législation concernant différents aspects du projet.

85. Dans certains pays, la législation relative aux projets d'infrastructure à financement privé contient des dispositions au sujet du droit applicable à l'accord de projet entre l'État et la société chargée du projet, et impose souvent le droit de cet État. Selon que le régime juridique de la concession est considéré comme un contrat ou comme un acte du gouvernement (question qui relève du chapitre II, "Considérations générales sur la législation", et du chapitre VI, "Accord de projet"), la loi peut donner la préférence au droit privé ou au droit administratif. Dans le deuxième cas, une approche différente est suivie par les lois qui prévoient l'application à titre subsidiaire du droit administratif exclusivement ou qui définissent une hiérarchie des dispositions juridiques applicables au projet. En général, il peut être bon que le droit précise si et dans quelle mesure l'accord de projet peut s'écarter de ces dispositions d'une telle législation ou les compléter.

86. Il existe des pays où le droit applicable aux projets d'infrastructure à financement privé ne contient pas de disposition spécifique qui définit la mesure dans laquelle l'accord de projet peut être subordonné à un droit autre que celui du pays d'implantation du projet. Une autre approche a consisté aussi à énumérer les domaines dans lesquels s'applique ce droit du pays d'implantation (par exemple, transfert de technologie, comptabilité, relations professionnelles, contrôle des devises) et à disposer qu'au sujet des questions non régies par ce droit, l'accord de projet peut être soumis à un droit étranger.

87. Le droit applicable aux contrats conclus par la société chargée du projet avec des entités autres que l'État varie. Les accords de prêt sont souvent régis par un droit étranger choisi par les parties. Les accords entre les promoteurs du projet peuvent aussi être régis par un tel droit. À leur tour, les contrats entre la société chargée du projet et ses clients locaux, les usagers de l'installation ou son personnel local, ses fournisseurs ou d'autres partenaires commerciaux sont souvent régis par le droit du pays d'implantation. Il importe que les parties étudient soigneusement la valeur en droit, dans ce pays, des droits créés ou des obligations contractées selon la législation d'autres pays. Dans le même temps, il peut être opportun que le gouvernement du pays d'implantation reconsidère les dispositions pertinentes de sa législation à la lumière des engagements que la société chargée du projet est obligée de contracter pour obtenir les moyens financiers ou autres nécessaires à l'exécution du projet.

XIII. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Notes

88. Il est proposé de traiter dans cette section du cadre législatif du règlement des différends qui pourraient surgir au sujet de projets d'infrastructure à financement privé.

89. Les différends entre la société chargée du projet et les entrepreneurs étrangers, ou entre les autorités du pays d'implantation et la société, sont fréquemment d'ordre commercial et il est souvent convenu de les soumettre à arbitrage. Les conditions juridiques du règlement de ces différends peuvent être créées par une législation spéciale reposant sur des normes internationalement admises, concernant l'arbitrage commercial international et répondant aux besoins particuliers de l'arbitrage international. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international constitue un modèle particulièrement adapté.

90. Il faut cependant noter que la possibilité d'arbitrage dans le cas des différends entre la société chargée du projet et les pouvoirs publics peut être limitée dans certains systèmes de droit, par exemple dans les pays où les différends auxquels le gouvernement est partie relèvent obligatoirement des tribunaux nationaux.

91. Compte tenu de la variété et de la complexité que peuvent revêtir les différends liés à des projets d'infrastructure à financement privé, il peut être bon que le droit permette aux parties de concevoir des mécanismes pour régler leurs désaccords au fur et à mesure qu'ils apparaissent et éviter qu'ils ne débouchent sur un litige déclaré. Dans certains cas, les parties ont jugé utile de constituer des groupes d'experts, composés selon des modes variables en fonction de la nature des questions en jeu et chargés de faire des recommandations aux parties en vue du règlement de leurs différends. La mise en oeuvre du projet risque d'être difficile si des désaccords ou des différends même mineurs, surgissant au sujet de questions techniques, nécessitent des procédures prolongées parce que la loi n'autorise pas expressément la constitution d'un mécanisme qui permettrait de les régler précocement.

92. Les différends entre la société chargée du projet et ses clients constituent une autre catégorie de différends dont le pays d'implantation peut vouloir se soucier. La société peut être autorisée à constituer des mécanismes de règlement des différends ou, dans certains cas, être obligée de le faire. La mesure dans laquelle ces mécanismes peuvent se substituer aux tribunaux nationaux dépend de la législation de chaque pays.
