



Assemblée générale

Distr. générale
11 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 V révisé)**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
V. Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP.....	2
A. Remarques générales.....	2
B. Durée du contrat de PPP.....	2
C. Prorogation du contrat de PPP.....	3
D. Résiliation.....	5
E. Conséquences de l'expiration ou de la résiliation du contrat de PPP.....	12



V. Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP

A. Remarques générales

1. La plupart des projets d'infrastructure ont une durée déterminée à la fin de laquelle, selon le type de projet, le partenaire privé transfère à l'autorité contractante la responsabilité de l'exploitation du service ou de l'ouvrage, ou l'autorité contractante décide de soumettre le contrat à un nouvel appel d'offres. La section B examine les éléments à prendre en compte lors de l'établissement de la durée du contrat de PPP. La section C traite de la question de savoir si, et dans quelles circonstances, le contrat de PPP peut être prorogé. La section D passe en revue les circonstances qui peuvent autoriser la résiliation du contrat de PPP avant la date de son expiration. Enfin, la section E aborde les conséquences de l'expiration ou de la résiliation du contrat de PPP, y compris le transfert des biens du projet et l'indemnisation à laquelle chacune des parties peut prétendre au moment de la résiliation, ainsi que la liquidation du projet, notamment le démantèlement de l'infrastructure.

B. Durée du contrat de PPP

2. La législation de certains pays contient des dispositions qui limitent la durée des concessions de services publics et des PPP à un nombre d'années déterminé. Certaines législations posent une limite générale pour la plupart des projets d'infrastructure ou de PPP et des limites spéciales pour les projets réalisés dans certains secteurs. Dans d'autres pays, enfin, il n'est imposé de durée maximum que dans certains secteurs d'infrastructure.

3. Du point de vue du partenaire privé, il faudrait que le contrat de PPP dure suffisamment longtemps pour lui permettre de recouvrer son investissement et de réaliser un bénéfice raisonnable. Du point de vue de l'autorité contractante, il faudrait que le contrat dure en principe aussi longtemps que le service est susceptible d'être requis, mais soit également compatible avec la stratégie d'investissement du pays et la politique de concurrence du secteur concerné, en tenant compte du verrouillage de marchés que pourraient causer des projets de PPP longs et exclusifs. Outre ces deux considérations de base, la durée souhaitable d'un contrat de PPP peut dépendre de divers facteurs, essentiellement :

a) *De facteurs techniques.* L'ingénierie et d'autres facteurs techniques jouent un rôle important dans la détermination de la durée idéale d'un contrat de PPP. La phase de construction, qui correspond normalement au financement initial, comporte généralement le risque le plus élevé d'événements perturbateurs (retard d'achèvement, dépassement des coûts et autres risques évoqués au chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]), qu'il faut prendre en compte dans l'établissement de la durée globale du projet. La durée de la phase d'exploitation, à son tour, devrait également refléter les attentes de fonctionnement de l'équipement ou des biens principaux ou essentiels à partir d'une estimation du nombre d'années pendant lesquelles cet équipement ou ces biens sont susceptibles de rester en service pour générer des recettes rentables, y compris la probabilité que la technologie requise pour le projet change ;

b) *De facteurs financiers.* D'un point de vue financier, la durée optimale du projet sera définie par diverses méthodes de capitalisation, comme le délai de récupération, la valeur actuelle nette, le taux de rendement interne ou le rapport temps/coût. Un élément clef est le temps dont le partenaire privé a besoin pour rembourser ses dettes et amortir l'investissement initial. La notion d'« amortissement » économique, dans ce contexte, renvoie à l'imputation progressive des investissements réalisés sur les recettes du projet dans l'hypothèse où l'infrastructure n'aurait aucune valeur résiduelle à l'expiration de ce dernier.

4. Comme il est difficile de fixer par voie législative une limite de durée qui s'appliquerait à tous les projets d'infrastructure, il est souhaitable d'envisager des solutions qui laissent à l'autorité contractante une certaine marge de manœuvre pour négocier, dans chaque cas, une durée appropriée compte tenu des caractéristiques du projet. Dans certains cas, la durée du contrat est un des facteurs d'une formule (« moindre valeur actualisée des recettes ») utilisée pendant la procédure de sélection pour déterminer quel soumissionnaire sera retenu (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. [...]). Lorsque ce système est utilisé, les parties conviennent d'une durée de contrat qui permette au partenaire privé d'atteindre le niveau global des recettes prévu dans son offre. Toutes ces options nécessitent une législation souple concernant la durée du contrat. Les pays qui ont établi des mécanismes institutionnels de suivi des contrats de PPP et de renforcement des capacités de négociation et de gestion de ces partenariats (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]) peuvent émettre, à l'intention des autorités contractantes, des lignes directrices ou des conseils sur la durée qu'il est souhaitable ou approprié de donner au contrat en fonction de la nature du projet, compte tenu de l'expérience passée.

5. Certains systèmes juridiques assurent la souplesse voulue par des lois qui exigent que tous les contrats de PPP soient sujets à une limitation de durée, sans toutefois spécifier le nombre d'années. Parfois, la loi se borne à indiquer les éléments qui doivent être pris en compte pour déterminer la durée du PPP, comme, par exemple, la nature et le montant de l'investissement que doit effectuer le partenaire privé ou la période normale d'amortissement des ouvrages et installations. Certaines lois portant sur des projets ou des secteurs spécifiques prévoient un système mixte dans lequel la durée maximum du contrat de PPP va jusqu'à la fin d'une période donnée ou jusqu'à la date, si celle-ci est antérieure, à laquelle le partenaire privé a remboursé intégralement ses dettes et à laquelle a été atteint un certain niveau de recettes, de production ou d'utilisation. Une législation souple concernant la durée des contrats de PPP peut permettre de répondre aux besoins particuliers et aux paramètres financiers du projet par des solutions sur mesure, par exemple lorsque l'autorité contractante et le partenaire privé sont convenus d'un projet à échéance variable ou flottante pouvant être prorogée automatiquement dans certaines circonstances (voir ci-dessous, par. 9).

6. Toutefois, lorsqu'il est jugé nécessaire de limiter par voie législative la durée du PPP, le délai fixé doit être assez long pour laisser au partenaire privé le temps de rembourser intégralement ses dettes et de dégager un profit raisonnable. Enfin, il peut être utile, dans des cas exceptionnels, d'autoriser l'autorité contractante à convenir de périodes plus longues, compte tenu du montant de l'investissement à effectuer et du temps qu'il faudra pour l'amortir, et sous réserve de procédures d'approbation spéciales.

C. Prorogation du contrat de PPP

7. Dans la pratique contractuelle de certains pays, l'autorité contractante et le partenaire privé peuvent convenir de prolonger une ou plusieurs fois la durée du PPP. Le plus souvent, toutefois, le droit interne n'autorise la prorogation du contrat de PPP que dans des circonstances exceptionnelles. Dans ce cas, au moment de l'expiration du contrat de PPP, l'autorité contractante est normalement tenue de sélectionner un nouveau partenaire privé en recourant habituellement aux mêmes procédures que celles qui ont été appliquées pour sélectionner le partenaire privé titulaire (pour une description des procédures de sélection, voir chap. III, « Attribution du contrat »).

8. Un certain nombre de pays ont jugé utile d'exiger que les contrats de PPP, en particulier ceux qui incluent des concessions exclusives pour la fourniture d'un service public, fassent de temps à autre l'objet d'une nouvelle soumission et ne soient pas librement prorogés par les parties. Le renouvellement périodique de l'appel d'offres peut fortement inciter le partenaire privé à obtenir de bons résultats. Pour fixer la période qui s'écoule entre l'attribution initiale du contrat et le premier renouvellement (et les renouvellements ultérieurs) de l'appel d'offres, il faudrait tenir

compte du niveau des investissements et des autres risques supportés par le partenaire privé. Pour les PPP qui portent, par exemple, sur la collecte de déchets solides, activité qui n'exige pas d'investissement important en capital fixe, la périodicité peut être relativement courte (entre trois et cinq ans, par exemple), alors que des périodes plus longues seront peut-être souhaitables pour ceux qui exigent des niveaux élevés d'investissement, tels les PPP qui portent sur la distribution d'électricité ou d'eau dans lesquels le partenaire privé aurait construit de nouveaux ouvrages ou réseaux, ou réalisé d'importants travaux d'extension ou de remise en état d'ouvrages ou de réseaux existants. Dans la plupart des pays, le renouvellement de l'appel d'offres coïncide avec la fin du projet, mais dans certains, un contrat peut être attribué pour une longue période (99 ans, par exemple) avec renouvellement périodique de l'appel d'offres (tous les 10 ou 15 ans, par exemple). Dans ce dernier mécanisme, qui a été adopté dans quelques pays, le premier renouvellement intervient avant que le partenaire privé n'ait pleinement recouvré sa mise. À titre d'incitation de l'exploitant titulaire, certaines législations disposent que la préférence pourra lui être accordée sur d'autres candidats dans l'octroi de contrats de PPP ultérieurs pour la même activité. Toutefois, le titulaire pourra exiger un dédommagement s'il ne remporte pas l'appel d'offres suivant. Le fait que le candidat sélectionné soit tenu de rembourser le titulaire pour compenser ses droits patrimoniaux et les investissements non encore récupérés réduit le risque à long terme que courent les investisseurs et les prêteurs et leur offre une précieuse voie de sortie (voir par. 41 et 42).

9. Nonobstant ces considérations, il est souhaitable de ne pas exclure totalement la possibilité de négocier, dans certaines circonstances spécifiques, une prorogation de la période de PPP. La durée d'un projet d'infrastructure est un élément central de l'évaluation de sa faisabilité et de son « rapport qualité-prix » (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]). Elle est aussi l'un des principaux facteurs pris en considération dans la négociation des arrangements financiers et a une incidence directe sur le prix des services fournis par le partenaire privé. Les parties jugeront peut-être que la prorogation du contrat de PPP (venant se substituer à d'autres mécanismes de dédommagement ou associée à ces derniers) peut être une option utile pour faire face à des empêchements ou à d'autres changements de circonstances inattendus intervenant durant la vie du projet. Il peut s'agir d'une des circonstances suivantes : prorogation pour compenser une suspension du projet ou un manque à gagner dû à des empêchements (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 131 à 139) ; prorogation pour compenser une réduction imprévue des flux de recettes, y compris liée à des mesures réglementaires tendant au contrôle des prix et des redevances à un niveau dépassant la marge envisagée dans le contrat (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]) ; prorogation pour compenser une suspension du projet induite par l'autorité contractante ou par d'autres autorités publiques (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 140 et 141) ; ou prorogation pour permettre au partenaire privé de couvrir les dépassements de coûts dus à des conditions défavorables imprévues (d'ordre géologique ou météorologique, par exemple) sur le site de construction ou de recouvrer le coût lié à des retards de construction ou à des travaux supplémentaires qui se sont révélés nécessaires dans l'ouvrage et que le partenaire privé ne pourrait pas recouvrer pendant la durée normale du contrat de PPP sans hausse de coût déraisonnable (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 73 à 76).

10. Une prorogation de contrat visant à faire face à ces situations peut faire l'objet d'un mécanisme automatique prévu dans le contrat ou être le fruit d'un accord entre les parties, lorsque le contrat prévoit cette possibilité. La première possibilité peut, en particulier lorsque le contrat associe la prorogation à une valeur actualisée du revenu convenue au préalable et calculée sur le cycle de vie du PPP, avoir l'avantage de limiter la place laissée à l'appréciation et au jugement subjectif dans la détermination de la durée de la prorogation. En tout état de cause, dans un souci de transparence et afin de réduire les possibilités de corruption, il faudrait que le contrat énonce clairement les circonstances susceptibles d'autoriser une prorogation du contrat et que les résultats du partenaire privé aient fait l'objet d'un suivi adéquat

(voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]). Pour les mêmes raisons, dans certains pays, la prorogation de la période de PPP fait l'objet d'une limite cumulative globale ou doit être approuvée par une autorité publique spécialement désignée.

D. Résiliation

11. Le droit interne traite souvent les motifs de résiliation du contrat de PPP avant la date de son expiration et les conséquences d'une résiliation anticipée. Habituellement, la loi autorise les parties à résilier le contrat de PPP suite à certains types d'événements. L'intérêt majeur de toutes les parties qui interviennent dans un PPP est de veiller à ce que l'ouvrage soit achevé et exploité de façon satisfaisante et, dans le cas des PPP concessifs, à ce que le service public considéré soit fourni sans interruption et dans de bonnes conditions. Dans la pratique, la résiliation est une cause fréquente de différends et de litiges et un motif invoqué de façon récurrente à l'appui des demandes relatives à des investissements internationaux (voir chap. VI, « Règlement des différends », par. [...], et chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. [...]). Étant donné les graves conséquences d'une résiliation, le service pouvant en effet être interrompu, voire supprimé, et le coût du litige qui en découle, la résiliation devrait, dans la plupart des cas, être considérée comme une mesure de dernier recours. Les conditions de l'exercice de ce droit par l'une ou l'autre partie devraient être soigneusement examinées. Elles ne doivent pas nécessairement être identiques, mais il est en général souhaitable, en la matière, de parvenir à un équilibre équitable des droits et des conditions pour les deux parties.

12. Outre la nécessité de recenser les circonstances ou les catégories d'événements qui peuvent donner lieu au droit de résilier le contrat de PPP, il est souhaitable que les parties envisagent des procédures appropriées pour déterminer s'il existe des raisons valables de le résilier. Il importe, en particulier, de savoir si le contrat peut être résilié unilatéralement ou si cette résiliation requiert une décision d'un organe juridictionnel ou autre de règlement des différends.

13. Habituellement, le partenaire privé n'a pas le droit de résilier sans raison le contrat de PPP et, dans certains systèmes juridiques, toute résiliation par le partenaire privé, même en cas de contravention de la part de l'autorité contractante, requiert un jugement définitif. Dans certains pays, cependant, en vertu des règles applicables aux contrats conclus avec des entités publiques, un tel droit peut être exercé par des autorités publiques, sous réserve du versement d'une indemnité au partenaire privé. Dans d'autres pays, toutefois, une exception est faite dans le cas des concessions de services publics, dont la nature contractuelle est jugée incompatible avec des droits de résiliation unilatéraux. Enfin, certains systèmes juridiques ne reconnaissent pas de droits de résiliation unilatéraux aux autorités publiques. Toutefois, les investisseurs et les prêteurs pourraient s'inquiéter du risque de résiliation prématurée ou injustifiée par l'autorité contractante, même lorsque la décision de résilier peut être soumise à examen par le biais du mécanisme de règlement des différends. Il convient également de noter que le fait de donner à l'autorité contractante le droit unilatéral de résilier le contrat de PPP ne saurait convenablement remplacer un mécanisme contractuel bien conçu de suivi des résultats ou des garanties d'exécution appropriées (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 80 à 97 et 108 à 120).

14. Ainsi, les dispositions régissant la résiliation devraient être mises en parallèle avec les recours en cas de contravention prévus dans le contrat de PPP. En particulier, il est utile d'établir une distinction entre les conditions de résiliation et les conditions d'intervention de l'autorité contractante (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 143 à 146). Il importe également de considérer les droits de résiliation de l'autorité contractante par rapport aux accords de financement négociés par le partenaire privé avec ses prêteurs. Dans la plupart des cas, les faits qui peuvent conduire à la résiliation du contrat de PPP constitueraient aussi des cas de défaillance en vertu des accords de prêt, de sorte que la totalité de

l'encours de la dette du partenaire privé pourrait devenir immédiatement exigible. Ainsi, il conviendrait d'essayer d'éviter le risque de résiliation en permettant aux prêteurs de proposer un autre partenaire privé lorsque la résiliation du contrat de PPP avec le partenaire privé initial paraît imminente (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 108 à 120).

15. À la lumière de ce qui précède, il est en général souhaitable de soumettre la résiliation du contrat de PPP à une conclusion définitive de l'organe de règlement des différends stipulé dans le contrat. Une telle disposition limiterait les craintes que pourrait susciter un recours prématuré ou injustifié à la résiliation. Par ailleurs, cela n'empêcherait pas l'adoption de mesures propres à assurer la continuité du service en attendant la décision finale de l'organe de règlement des différends, pour autant que des recours contractuels en cas de contravention, comme un droit d'intervention de l'autorité contractante et des prêteurs, soient prévus dans le contrat de PPP. Dans les pays où une telle exigence ne serait pas conforme aux principes généraux du droit applicable aux contrats publics, il pourrait être important de garantir, pour le moins, que le droit qu'a l'autorité contractante de résilier le contrat de PPP ne porte pas préjudice à celui qu'a le partenaire privé de solliciter un examen juridictionnel subséquent de la décision prise par l'autorité contractante de résilier le contrat.

1. Résiliation par l'autorité contractante

16. Les droits de résiliation de l'autorité contractante sont liés en général à trois types de situations : manquement grave du partenaire privé ; insolvabilité du partenaire privé ; et résiliation pour des raisons d'intérêt général.

a) Manquement grave du partenaire privé

17. Lorsque le contrat prévoit la prestation de services publics au titre d'une forme quelconque de « concession » (voir « Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé », par. [...]), l'autorité contractante a le devoir de faire en sorte que les services publics soient fournis conformément aux lois, règlements et dispositions contractuelles applicables. Aussi, un certain nombre de législations nationales lui reconnaissent-elles expressément le droit de résilier le contrat de PPP en cas de manquement du partenaire privé. Cependant, compte tenu des perturbations qu'entraîne la résiliation et de la nécessité d'assurer la continuité du service, il n'est pas souhaitable de considérer cette mesure comme une sanction chaque fois que les résultats du partenaire privé ne donnent pas satisfaction. Au contraire, il est en général souhaitable de ne recourir à cette solution extrême qu'en cas de défaillance « particulièrement grave » ou « répétée », notamment dans les cas où l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le partenaire privé puisse ou veuille s'acquitter de ses obligations conformément au contrat de PPP. De nombreux systèmes juridiques utilisent des expressions techniques spécifiques pour caractériser les situations où le degré de manquement d'une partie contractante est tel que l'autre partie peut résilier la relation contractuelle avant sa date d'expiration (« contravention essentielle » ou expressions analogues, par exemple). Ces situations sont qualifiées, dans le *Guide*, de « manquements graves ».

18. Le fait de circonscrire la possibilité de résiliation aux cas de manquement grave peut donner aux prêteurs et aux investisseurs l'assurance qu'ils seront protégés contre des décisions déraisonnables ou prématurées de l'autorité contractante. La loi peut en général prévoir que l'autorité contractante a le droit de résilier le contrat de PPP en cas de manquement grave du partenaire privé, en laissant audit contrat le soin de définir plus précisément cette notion et en en donnant, s'il y a lieu, des exemples. D'un point de vue pratique, il n'est pas souhaitable d'essayer, par voie législative ou dans le contrat de PPP, de dresser une liste des cas qui justifient la résiliation. En général, la gravité et les conséquences du manquement du partenaire privé à ses obligations dépendront de la phase du projet à laquelle le manquement survient (voir ci-dessous, par. 20 à 25).

19. Un type de manquements que le droit interne considère habituellement comme étant suffisamment grave pour justifier la résiliation du contrat de PPP indépendamment de la phase de projet à laquelle le manquement est détecté regroupe les violations graves du droit pénal du pays par le partenaire privé et ses agents, et les condamnations pénales prononcées en vertu du droit du pays du partenaire privé ou d'un pays tiers. Toutes les formes de corruption d'agents publics en lien avec l'attribution ou la gestion de contrats publics ou avec la délivrance de licences ou d'autorisations, que cela concerne spécifiquement ou non un contrat de PPP, sont des motifs largement reconnus de résiliation d'un contrat de PPP. Depuis l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies contre la corruption¹, les États assument l'obligation internationale de lutter contre ces pratiques, et nombre d'entre eux poursuivraient les actes de corruption même commis à l'étranger pour autant qu'ils l'aient été par leurs ressortissants ou portent préjudice aux intérêts nationaux. Comme autres exemples d'infractions pénales justifiant souvent la résiliation au regard du droit interne, on peut citer : a) la participation à une organisation criminelle ; b) la fraude ; c) les infractions terroristes ou liées à des activités terroristes ; d) le blanchiment d'argent ou le financement du terrorisme ; ou e) d'autres infractions graves au sens de l'alinéa b) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée². En de tels cas, la résiliation serait justifiée dès lors que le partenaire privé, en tant que personne morale, a commis ces infractions, mais aussi lorsque la personne objet d'une condamnation définitive est membre de l'organe d'administration, de gestion ou de surveillance du partenaire privé ou est investie de pouvoirs de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

20. Hormis la situation exposée au paragraphe précédent, qui peut exiger une sanction immédiate, il est souhaitable, en règle générale, qu'avant d'utiliser un recours, l'autorité contractante accorde au partenaire privé un délai supplémentaire pour qu'il s'acquitte de ses obligations et pare aux conséquences de son manquement. Il faudrait, par exemple, l'aviser de la nature des problèmes constatés et lui demander d'y remédier dans un certain délai. Il faudrait également donner aux prêteurs et aux garants, selon le cas, la possibilité de remédier au manquement du partenaire privé, par exemple en engageant temporairement une tierce partie pour ce faire, conformément aux clauses des cautions de bonne exécution fournies à l'autorité contractante ou aux clauses d'un accord direct passé entre les prêteurs et l'autorité contractante (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 108 à 120 et 147 à 150). Le contrat de PPP peut également prévoir que s'il n'est pas remédié aux problèmes avant l'expiration du délai fixé, l'autorité contractante peut résilier le contrat de PPP, sous réserve d'en aviser au préalable les prêteurs et de leur donner la possibilité d'exercer dans un certain délai tout droit de substitution dont ils peuvent se prévaloir conformément à un accord direct conclu entre eux et l'autorité contractante. Il convient, cependant, de fixer des délais raisonnables, car on ne peut s'attendre à ce que l'autorité contractante supporte indéfiniment le coût d'une violation du contrat de PPP par le partenaire privé. En outre, ces procédures doivent s'entendre sans préjudice du droit qu'a l'autorité contractante d'intervenir pour prévenir le risque d'une interruption du service par le partenaire privé (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 145 et 146).

¹ La Convention a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 58/4 du 31 octobre 2003 et elle est entrée en vigueur le 14 décembre 2005.

² À savoir, « un acte constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde » (Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 55/25 du 15 novembre 2000, entrée en vigueur le 29 septembre 2003). Des exemples courants d'infractions graves visées dans le droit interne sont le meurtre, le viol, l'enlèvement, le vol simple, qualifié ou avec effraction, le recel, l'extorsion, le trafic de drogues, la soustraction, la corruption, la fraude, la contrefaçon de monnaie, le blanchiment d'argent, le trafic d'armes à feu, le travail des enfants et d'autres formes de trafic d'êtres humains.

i) Manquement grave avant le début de la construction

21. En général, le partenaire privé doit prendre un ensemble de mesures avant d'entreprendre les travaux de construction. Certaines peuvent même constituer un préalable à l'entrée en vigueur du contrat de PPP. Parmi les cas qui justifient l'annulation de la procédure d'attribution du contrat au début de la procédure, on citera notamment :

a) L'incapacité d'obtenir les moyens financiers nécessaires, de signer le contrat de PPP ou de créer la société de projet dans les délais requis ;

b) L'incapacité d'obtenir les licences ou les autorisations requises pour mener l'activité qui fait l'objet du PPP ;

c) L'incapacité d'entreprendre la construction de l'ouvrage, de commencer à exécuter le projet ou de soumettre les plans et les études techniques nécessaires dans les délais fixés à partir de l'attribution du contrat de PPP.

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

ii) Manquement grave pendant la phase de construction

23. Parmi les cas qui peuvent justifier la résiliation du contrat de PPP pendant la phase de construction, on citera notamment :

a) L'incapacité de respecter les règles de construction, les spécifications ou les normes minimales de conception et d'exécution, et l'incapacité inexcusable d'achever les travaux dans les délais convenus ;

b) L'incapacité de respecter les lois impératives et les normes obligatoires relatives au travail, les lois relatives à la sécurité sociale et les normes d'ordre public connexes ;

c) L'incapacité de fournir ou de renouveler les garanties requises dans les clauses de l'accord ;

d) La violation d'autres obligations légales ou contractuelles essentielles.

24. La résiliation devrait être proportionnée à la gravité du manquement du partenaire privé et aux conséquences de ce manquement pour l'autorité contractante. Celle-ci peut, par exemple, avoir un intérêt légitime à préciser la date à laquelle les travaux de construction doivent être achevés et serait de ce fait qualifiée à considérer un retard dans l'achèvement des travaux comme un manquement et, partant, comme un motif de résiliation. Toutefois, un retard, en particulier s'il n'est pas excessif au regard des spécifications du contrat de PPP, ne devrait peut-être pas constituer à lui seul une raison suffisante de résiliation lorsque l'autorité contractante est par ailleurs convaincue de l'aptitude du partenaire privé à achever les travaux de construction conformément aux normes de qualité requises, et de son engagement à mener sa tâche à bien.

iii) *Manquement grave pendant la phase d'exploitation*

25. Parmi les cas de manquement qui justifient en général, selon le cas, la résiliation du contrat pendant la phase d'exploitation, on citera notamment :

a) La grave incapacité de fournir les services conformément aux normes de qualité légales et contractuelles, y compris le non-respect des mesures de contrôle des prix applicables à un PPP concessif ;

b) La suspension ou l'interruption inexcusable de la fourniture des services requis en vertu du contrat sans le consentement préalable de l'autorité contractante ;

c) La grave incapacité du partenaire privé d'assurer la maintenance de l'ouvrage ainsi que du matériel et des dépendances qui y sont associés conformément aux normes de qualité convenues, ou un retard inexcusable dans l'exécution des travaux de maintenance conformément aux plans, programmes et calendriers convenus ;

d) La non-exécution des sanctions infligées par l'autorité contractante ou l'organisme réglementaire, selon le cas, pour violation des obligations du partenaire privé.

26. La possibilité de résilier le contrat de PPP lorsque le partenaire privé n'exécute pas les décisions réglementaires ou les sanctions infligées par l'autorité contractante montre qu'il est nécessaire de prévoir des mécanismes de prévention et de règlement des différends dans ledit contrat (voir chap. VI, « Règlement des différends », par. [...]). Il en va de même pour la résiliation du contrat de PPP lorsque le partenaire privé est reconnu coupable de fraude fiscale ou d'autres types d'actes frauduleux, ou lorsque ses agents ou salariés sont impliqués dans la corruption d'agents publics ou se livrent à d'autres pratiques de corruption (voir ci-dessus, par. 18). Ce dernier cas de figure souligne également qu'il importe de concevoir des mécanismes efficaces pour combattre la corruption active et passive et donner au partenaire privé la possibilité de porter plainte en cas de demandes de versements illégaux ou de contraintes illégales exercées par des fonctionnaires du pays hôte (voir également chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 50 à 52).

b) Insolvabilité du partenaire privé

27. En général, les services d'infrastructure doivent être assurés de manière continue et c'est pourquoi la plupart des législations nationales exigent que le contrat de PPP soit résilié si le partenaire privé est déclaré insolvable ou en faillite. Afin de garantir la continuité du service, les biens corporels et incorporels qui doivent être cédés à l'autorité contractante peuvent être exclus de la procédure d'insolvabilité et la loi peut exiger l'approbation préalable des pouvoirs publics pour tout acte de disposition, par un liquidateur ou un administrateur de l'insolvabilité, d'une catégorie quelconque de biens détenus par le partenaire privé dans le cadre du projet de PPP.

28. Dans les systèmes juridiques qui autorisent la constitution de sûretés réelles sur la concession elle-même (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 57), la loi dispose habituellement que l'autorité contractante peut, en consultation avec les créanciers nantis, désigner un administrateur temporaire pour assurer la continuité du service considéré, en attendant que lesdits créanciers parties à la procédure d'insolvabilité décident, sur recommandation de l'administrateur de l'insolvabilité, si l'activité doit être poursuivie ou si le droit d'exploiter la concession doit faire l'objet d'une mise en compétition.

c) Résiliation pour des raisons d'intérêt général

29. Dans la pratique contractuelle de certains pays, les autorités publiques qui font exécuter des travaux de construction conservent habituellement le droit de résilier le contrat de travaux pour des raisons d'intérêt général (c'est-à-dire sans avoir à fournir d'autre justification que l'intérêt de l'État). Dans certains pays de *common law*, ce droit, parfois dénommé droit de « résiliation au gré de l'autorité contractante », ne peut être exercé que s'il est expressément prévu par une loi ou dans le contrat.

Plusieurs systèmes juridiques de tradition romano-germanique reconnaissent également aux autorités publiques le pouvoir analogue de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt général. Dans certains pays, ce droit peut être tacite pour l'autorité contractante publique, même en l'absence d'une disposition légale ou contractuelle explicite à cet effet. Le droit qu'ont les pouvoirs publics de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt général, dans les systèmes juridiques qui reconnaissent une telle notion, est jugé essentiel pour préserver le pouvoir discrétionnaire qu'ont ces pouvoirs d'exercer leurs fonctions qui ont une incidence sur le bien public.

30. Néanmoins, les conditions de l'exercice de ce droit et ses conséquences devraient être soigneusement examinées. Le pouvoir de déterminer ce qui constitue l'intérêt général peut relever de la discrétion des pouvoirs publics, de sorte que la décision que prendrait l'autorité contractante de résilier le contrat de PPP ne pourrait être contestée que dans des cas particuliers (motif illicite, détournement de pouvoir, par exemple). Toutefois, un droit général et absolu de résilier le contrat de PPP pour des raisons d'intérêt général peut représenter un risque impondérable que ni le partenaire privé ni les prêteurs ne seraient prêts à accepter sans garanties suffisantes qu'ils seront rapidement dédommagés pour le préjudice subi. Si elle est envisagée, la possibilité de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt général devrait donc être portée à la connaissance des investisseurs potentiels dès que possible et être expressément mentionnée dans le projet de contrat de PPP communiqué avec la sollicitation de propositions (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 67). L'indemnisation exigible en cas de résiliation pour des raisons d'intérêt général peut, dans la pratique, viser les éléments qui sont pris en compte dans le calcul de l'indemnisation due pour résiliation en cas de manquement grave de l'autorité contractante (voir par. 49). En outre, il est en général souhaitable de limiter l'exercice du droit de résilier le contrat de PPP aux cas où la résiliation est nécessaire pour des raisons impératives d'intérêt général, qui devraient être interprétées de façon restrictive (par exemple, lorsque des changements majeurs intervenus ultérieurement dans les politiques et plans des pouvoirs publics nécessitent l'intégration d'un projet dans un réseau plus large ou lorsque des changements intervenus dans les plans de l'autorité contractante exigent d'importantes révisions du projet qui affectent sensiblement sa conception initiale ou sa faisabilité commerciale en cas d'exploitation par le secteur privé). En particulier, il n'est pas souhaitable de considérer le droit de résiliation pour des raisons d'intérêt général comme un moyen de substitution à d'autres recours contractuels lorsque les résultats obtenus par le partenaire privé ne donnent pas satisfaction (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 140 à 150).

2. Résiliation par le partenaire privé

31. Si, dans certains systèmes juridiques, l'autorité contractante peut conserver le droit absolu de résilier le contrat de PPP, les motifs de résiliation par le partenaire privé sont, par contre, habituellement limités aux cas de manquement grave de l'autorité contractante ou à d'autres cas exceptionnels, et ne comprennent normalement pas le droit général de résilier le contrat à son gré. En outre, certains systèmes juridiques ne reconnaissent pas au partenaire privé le droit de résilier le contrat de PPP unilatéralement, mais uniquement celui de demander à un tiers, tel que le tribunal compétent, de déclarer la résiliation du contrat.

a) Manquement grave de l'autorité contractante

32. En général, le droit qu'a le partenaire privé de résilier le contrat de PPP est limité aux cas où il a été constaté que l'autorité contractante a manqué à une partie importante de ses obligations (notamment par l'incapacité d'effectuer les versements convenus au partenaire privé ou celle de délivrer les licences requises pour l'exploitation de l'ouvrage, pour des raisons indépendantes de la volonté du partenaire privé). Dans les systèmes juridiques où l'autorité contractante a le droit de demander que des modifications ou des remaniements soient apportés au projet, le partenaire privé peut avoir le droit de résilier le contrat de PPP si l'autorité contractante remanie ou modifie le projet initial d'une manière qui accroît sensiblement le montant des

investissements requis et si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le montant approprié du dédommagement (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 73 à 76).

33. Outre en cas de manquement grave de l'autorité contractante elle-même, il pourrait être équitable d'autoriser la résiliation du contrat par le partenaire privé si celui-ci ne peut s'acquitter de ses obligations en raison de faits imputables à des autorités publiques autres que l'autorité contractante, comme l'inaptitude à fournir l'appui nécessaire à l'exécution du contrat de PPP (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 35 à 60).

34. La résiliation du contrat par le partenaire privé ne nécessite peut-être pas toujours une conclusion définitive prononcée par un organe de règlement des différends juridictionnel ou autre, mais il peut y avoir des limites aux recours dont dispose le partenaire privé en cas de manquement de l'autorité contractante. Conformément à une règle de droit appliquée dans de nombreux systèmes juridiques, une partie au contrat peut refuser de s'acquitter de ses obligations en cas de violation par l'autre d'une part importante de ses propres obligations. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, cette règle ne s'applique pas aux contrats publics et la loi dispose au contraire que les entrepreneurs publics ne sont pas déchargés de leurs obligations uniquement en raison d'une violation du contrat par l'autorité contractante, à moins que le contrat ne soit annulé en vertu de la décision d'une juridiction étatique ou arbitrale, et seulement après qu'une telle décision a été prise.

35. Les limites au droit qu'a le partenaire privé de refuser de s'acquitter de ses obligations visent en général à assurer la continuité des services publics (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 86 et 87). Il convient de noter, toutefois, que si l'autorité contractante peut atténuer les conséquences d'un manquement du partenaire privé en usant de son droit d'intervention, le partenaire privé ne dispose pas, en général, d'un recours comparable. En cas de manquement grave de l'autorité contractante, il peut subir un préjudice très important, voire irréparable, en fonction du temps requis pour obtenir une décision finale le libérant des obligations qu'il a contractées en vertu du contrat de PPP. Ces circonstances soulignent l'importance des garanties offertes par l'État en ce qui concerne les obligations assumées par les autorités contractantes (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 45 à 50) et la nécessité d'autoriser les parties à choisir des mécanismes de règlement des différends rapides et efficaces (voir chap. VI, « Règlement des différends », par. 3 à 42).

b) Évolution des conditions

36. Les législations nationales autorisent souvent le partenaire privé à résilier le contrat de PPP si les résultats attendus de lui ont été rendus sensiblement plus onéreux par une modification imprévue des conditions et si les parties n'ont pu s'entendre sur une révision appropriée de nature à adapter le contrat de PPP à l'évolution de la situation (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 126 à 130). Le partenaire privé aurait également le droit de résilier le contrat si l'autorité contractante ne respectait pas les dispositions contractuelles destinées à préserver l'équilibre économique du contrat (les clauses d'ajustement et d'indexation, par exemple).

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

a) Empêchement d'exécution

37. Certaines législations prévoient que les parties peuvent résilier le contrat de PPP si l'exécution de leurs obligations est rendue définitivement impossible par une circonstance définie dans le contrat comme un empêchement exonératoire (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 132 à 139). À cet égard, il est souhaitable de prévoir, dans le contrat de PPP, que si l'empêchement exonératoire persiste pendant une certaine période ou si la durée cumulative de deux ou de plusieurs empêchements exonératoires dépasse une certaine

période, l'accord peut être résilié par l'une ou l'autre partie. Si l'exécution du projet est rendue impossible par des facteurs juridiques (modification de la législation ou décision de justice touchant la validité du contrat de PPP, par exemple), le droit de résiliation peut ne pas être assorti d'un délai et être exercé dès que la législation a été modifiée ou que tout autre obstacle juridique prend effet.

b) Consentement mutuel

38. Certaines législations nationales autorisent les parties à résilier le contrat de PPP par consentement mutuel, sous réserve, habituellement, de l'approbation d'une autorité supérieure. L'autorité contractante peut avoir besoin d'une autorisation spécifique des organes législatifs dans les systèmes juridiques où la résiliation par consentement mutuel risque d'entraîner une interruption du service public dont l'autorité contractante pourrait être tenue responsable.

E. Conséquences de l'expiration ou de la résiliation du contrat de PPP

39. Les conséquences de l'expiration ou de la résiliation du contrat dépendront du type et de la structure de PPP (PPP « concessif » ou « non concessif », par exemple) et de la nature du projet (pour un aperçu des divers types de PPP, voir « Introduction et informations générales sur les partenariats public-privé », par. [...]). En général, pour les PPP concessifs, l'expiration ou la résiliation du contrat entraîne l'extinction du droit qu'a le concessionnaire d'exploiter l'ouvrage, de fournir le service requis et d'être rétribué pour cela. Dans ce cas, à moins que l'infrastructure ne soit détenue définitivement par le concessionnaire, l'expiration ou la résiliation du contrat de PPP nécessite souvent le transfert de biens à l'autorité contractante ou à un autre concessionnaire qui entreprend d'exploiter l'ouvrage. La situation peut être différente pour les PPP non concessifs, notamment lorsque le partenaire privé reste propriétaire des biens du projet. Cela peut avoir d'importantes conséquences financières que les parties doivent traiter en détail dans le contrat de PPP, en particulier en cas de résiliation par l'une ou l'autre partie. Les parties doivent également convenir de diverses mesures de liquidation pour assurer dans de bonnes conditions le transfert de la responsabilité de l'exploitation de l'ouvrage et de la prestation du service.

1. Transfert de biens associés au projet

40. Dans la plupart des cas, les biens corporels et incorporels initialement mis à la disposition du partenaire privé ainsi que d'autres éléments intéressant le PPP doivent être rendus à l'autorité contractante au moment de l'expiration ou de la résiliation du contrat (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 23 à 29). Dans un projet de type « construction-exploitation-transfert », le partenaire privé serait également tenu de transférer à l'autorité contractante l'infrastructure matérielle et d'autres biens associés au projet au moment de l'expiration ou de la résiliation du contrat. Les biens qui doivent être transférés à l'autorité contractante comprennent souvent des biens incorporels, comme les créances en cours et d'autres droits existant au moment du transfert. En fonction du projet, les biens à transférer peuvent comprendre une technologie ou un savoir-faire particulier (voir par. 51 à 55). Il convient de noter que dans certains PPP, les biens sont transférés directement et automatiquement au nouveau partenaire privé sélectionné qui succédera au partenaire privé titulaire pour fournir le service considéré.

a) Transfert de biens à l'autorité contractante

41. Différents arrangements peuvent être requis selon le type de biens à transférer (voir. chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 28) :

a) *Biens devant être transférés à l'autorité contractante.* Dans la tradition juridique de certains pays, à la fin du projet de PPP, le partenaire privé est tenu de

transférer sans frais à l'autorité contractante ces biens exempts de toute hypothèque et charge, à l'exception des dédommagements pour les améliorations apportées aux biens ou pour leur modernisation en vue d'assurer la continuité du service, dont le coût n'a pas encore été recouvré par le partenaire privé. Dans la pratique, une telle règle présuppose que soient négociés une période de contrat suffisamment longue ainsi qu'un niveau de recettes suffisamment élevé pour permettre au partenaire privé d'amortir pleinement son investissement et de rembourser intégralement ses dettes. D'autres législations permettent une plus grande souplesse en autorisant l'autorité contractante à dédommager le partenaire privé pour la valeur résiduelle, le cas échéant, des biens qu'il a construits ou des autres investissements qu'il a consentis dans des installations matérielles ou des systèmes ;

b) *Biens pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré.* Si l'autorité contractante décide d'exercer son droit d'acquérir ces biens, le partenaire privé a normalement droit à un dédommagement correspondant à leur juste valeur marchande au moment de l'acquisition. Toutefois, s'il était prévisible que ces biens seraient entièrement amortis (à savoir si les arrangements de financement du partenaire privé ne prévoient aucune valeur résiduelle), alors les parties conviennent généralement que le prix versé serait symbolique. Dans la pratique contractuelle de certains pays, il est courant que soient accordée à l'autorité contractante une sûreté sur les biens à titre de garantie de transfert effectif ;

c) *Biens demeurant la propriété privée du partenaire privé.* En général, il s'agit de biens dont le partenaire privé peut librement disposer ou qu'il peut librement retrancher.

b) Transfert de biens à un nouveau partenaire privé

42. Comme indiqué précédemment, à l'expiration du contrat de PPP, l'autorité contractante voudra peut-être soumettre le contrat à un nouvel appel d'offres plutôt qu'exploiter elle-même l'ouvrage (voir par. 7). À cette fin, il peut être utile que la loi exige du partenaire privé qu'il mette les biens à la disposition d'un nouveau partenaire privé. Pour garantir une bonne transition et la continuité du service, le partenaire privé devrait être tenu de coopérer avec le nouveau partenaire privé lors de la remise des biens considérés. Le transfert entre les partenaires privés successifs peut nécessiter le versement de dédommagements au partenaire privé titulaire, selon que les biens ont été ou non amortis.

43. Un élément important à prendre en considération à cet égard est la structure de la proposition financière formulée par le partenaire privé pendant le processus de sélection (voir également chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 27). Dans les PPP d'infrastructure publique, l'un des principes de base des propositions financières des soumissionnaires est que tous les biens à construire ou à acquérir pour le PPP seront entièrement amortis (c'est-à-dire que leur coût sera entièrement recouvré) pendant la vie du PPP. Ainsi, les propositions financières ne prévoient normalement pas de valeur résiduelle des biens à la fin de la période de PPP. Dans ce cas, il peut ne pas y avoir, de prime abord, de raison d'exiger du nouveau partenaire privé le versement d'un quelconque dédommagement au partenaire privé initial, lequel peut être tenu de mettre tous les biens à la disposition de son successeur gratuitement ou moyennant une simple contrepartie symbolique. En effet, si le partenaire privé a obtenu le rendement qu'il escomptait pour son investissement, tout transfert du nouveau partenaire privé représenterait un coût supplémentaire qui devrait être financé à terme par les prix appliqués par ce dernier conformément au deuxième contrat. Toutefois, si le niveau des redevances envisagé dans la proposition initiale du partenaire privé tablait sur une valeur résiduelle des biens à la fin de la période du PPP, ou si la proposition financière tablait sur d'importantes recettes provenant de tiers, le partenaire privé pourrait prétendre à une indemnisation pour les biens cédés à un nouveau partenaire privé.

c) Situation des biens au moment du transfert

44. Lorsque les biens sont remis à l'autorité contractante ou directement transférés à un nouveau partenaire privé à l'expiration du PPP, le partenaire privé est en général tenu de les transférer, exempts d'hypothèques ou de charges et dans les conditions nécessaires au fonctionnement normal de l'infrastructure, compte tenu des besoins du service. Le droit qu'a l'autorité contractante de recevoir ces biens dans ces conditions est complété, dans certaines législations, par l'obligation imposée au partenaire privé de maintenir et de transférer les biens dans les conditions qu'exige une maintenance prudente et d'offrir une garantie d'un type ou d'un autre à cet effet (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 118). Lorsque l'autorité contractante demande que les biens lui soient remis dans des conditions prédéterminées, ces conditions devraient être raisonnables. S'il peut être raisonnable qu'elle demande à ce que les biens aient une durée de vie résiduelle définie, elle ne devrait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'ils soient comme neufs. En outre, ces exigences peuvent ne pas être applicables en cas de résiliation du contrat de PPP, en particulier si la résiliation intervient avant la fin de la phase de construction.

45. Il est souhaitable de concevoir des procédures claires qui permettent d'évaluer et de déterminer l'état des biens qui doivent être transférés à l'autorité contractante. Il peut être utile, par exemple, de constituer un comité comprenant des représentants de l'autorité contractante et du partenaire privé pour établir si l'ouvrage est dans l'état prescrit et conforme aux critères pertinents énoncés dans le contrat de PPP. Celui-ci peut aussi prévoir la désignation et le mandat d'un tel comité auquel peut être dévolu le pouvoir de demander au partenaire privé de prendre des mesures raisonnables pour réparer l'ouvrage ou éliminer tout défaut ou insuffisance constatés. Il peut être souhaitable de prévoir une inspection spéciale qui interviendrait en temps utile, bien avant l'expiration du contrat (au moins un an avant, mais parfois plus tôt encore), après quoi l'autorité contractante pourrait demander au partenaire privé de prendre des mesures de maintenance supplémentaires pour faire en sorte que les biens soient en bon état au moment du transfert. L'autorité contractante souhaitera peut-être demander, dans le contrat de PPP, que le partenaire privé offre des garanties spéciales pour assurer la remise de l'ouvrage dans des conditions satisfaisantes (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 118). L'autorité contractante pourrait puiser dans ces garanties pour financer la réparation des biens endommagés.

2. Arrangements financiers au moment de la résiliation

46. La résiliation du contrat de PPP peut intervenir avant que le partenaire privé ait pu recouvrer son investissement, rembourser ses dettes et dégager les bénéfices attendus, ce qui peut lui causer des pertes importantes. L'autorité contractante peut également subir des pertes, car il est possible qu'elle doive faire des investissements supplémentaires ou engager de fortes dépenses afin, par exemple, d'achever l'ouvrage ou de continuer à fournir les services pertinents. De ce fait, les contrats de PPP renferment en général des dispositions détaillées traitant des obligations et droits financiers des parties au moment de la résiliation. La résiliation d'un contrat de PPP peut générer d'importants passifs éventuels, que l'autorité contractante doit évaluer correctement dans sa matrice des risques aux tout premiers stades de la planification du projet (voir chap. 2, « Planification et préparation du projet », par. [...]). En outre, les versements effectifs effectués par l'autorité contractante – que ce soit à titre d'indemnisation de la résiliation ou de paiement ordinaire pour le transfert de biens – peuvent nécessiter l'allocation de ressources budgétaires suffisantes, que l'autorité contractante devra peut-être solliciter bien avant la date d'exigibilité des versements.

47. Les paragraphes ci-après portent sur les différents facteurs que les autorités contractantes et les partenaires privés prennent habituellement en considération lorsqu'ils définissent les normes concernant l'indemnisation à laquelle chacune des parties peut prétendre en cas de résiliation du contrat de PPP. À cet égard, il importe d'établir une distinction entre les normes d'indemnisation convenues contractuellement et les dommages-intérêts à verser en cas de résiliation abusive.

Dans ce dernier cas, les versements viennent se substituer à une réparation intégrale et ont pour objet de placer la partie lésée dans une situation essentiellement identique à celle dans laquelle elle se serait trouvée si l'autre partie n'avait pas résilié le contrat de façon abusive³. Le versement d'indemnités convenues contractuellement, quant à lui, n'a généralement pas un caractère substitutif ou punitif, et correspond habituellement à ce que les parties considèrent comme une indemnisation équitable des investissements consentis et des éventuels manques à gagner découlant de la résiliation anticipée du contrat.

48. Il existe essentiellement, pour établir le montant de l'indemnité, trois approches : a) une fondée sur les revenus, qui détermine la valeur d'une entreprise à partir de ses revenus actuels et futurs en appliquant les méthodes de l'actualisation des flux monétaires, de la valeur actualisée ajustée ou de la capitalisation des flux monétaires ; b) une fondée sur le marché, qui consiste à comparer le projet considéré et la valeur marchande d'une entreprise ou d'un titre de propriété comparable telle qu'attestée par le prix auquel il a été vendu ; c) enfin, une fondée sur les biens, qui utilise soit la valeur comptable, soit la valeur de remplacement des biens concernés par l'indemnisation. Ces trois approches peuvent toutes être utilisées pour définir les paramètres du calcul de l'indemnité à verser en cas de résiliation d'un contrat de PPP, et varient en général selon le stade auquel la résiliation intervient et les motifs de la résiliation. Pour déterminer les paramètres d'indemnisation, cependant, on se fonde habituellement sur les éléments suivants :

a) *Encours de la dette, participation au capital et bénéfices attendus*. La résiliation du projet figure normalement parmi les cas de défaillance dans les accords de prêt du partenaire privé. Dans la mesure où ces accords comprennent en général une « clause d'exigibilité immédiate » en vertu de laquelle l'intégralité de la dette peut devenir exigible au moment où survient une défaillance, la perte immédiate subie par le partenaire privé au moment de la résiliation du contrat de PPP peut inclure le montant de la dette impayée. La question de savoir si et dans quelle mesure le partenaire privé peut être indemnisé par l'autorité contractante dépend habituellement du motif de la résiliation du contrat. Une indemnisation partielle peut être limitée à un montant correspondant à la valeur des travaux exécutés de façon satisfaisante par le partenaire privé, alors qu'une indemnisation intégrale couvrirait l'ensemble de l'encours de la dette. Une autre catégorie de perte parfois prise en compte dans les accords d'indemnisation a trait à la perte de la participation au capital par le partenaire privé, dans la mesure où un tel investissement n'est pas encore recouvré au moment de la résiliation. Enfin, la résiliation prive également le partenaire privé des bénéfices que l'ouvrage aurait pu lui procurer. Bien que le manque à gagner ne soit généralement pas considéré comme un réel préjudice, il peut arriver, dans des circonstances exceptionnelles, comme une résiliation abusive par l'autorité contractante, que la valeur courante des bénéfices escomptés soit prise en compte dans l'indemnité due au partenaire privé ;

b) *Degré d'achèvement, valeur résiduelle et amortissement des biens*. Les régimes d'indemnisation contractuelle correspondant à diverses causes de résiliation prévoient en général une indemnisation proportionnée au degré d'achèvement des travaux au moment de la résiliation. La valeur de l'ouvrage est habituellement déterminée en fonction de l'investissement nécessaire à sa construction (en particulier

³ La norme d'indemnisation en droit international coutumier a été définie d'une manière générale par la Cour permanente de justice internationale dans les termes suivants : « Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international. » (*Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, fond, 1928, CPJI (série A), n° 17 (13 septembre), p. 47).

si la résiliation intervient pendant la phase de construction), du coût de remplacement ou de la valeur « résiduelle » de l'ouvrage. La valeur résiduelle signifie la valeur marchande de l'infrastructure au moment de la résiliation. La valeur marchande peut être difficile à déterminer, voire inexistante, pour certains types d'infrastructure matérielle (comme les ponts ou les routes) ou pour les ouvrages dont la durée d'exploitation est proche de son terme. Parfois, on peut estimer la valeur résiduelle en prenant en compte l'utilité attendue de l'ouvrage pour l'autorité contractante. Toutefois, il peut être difficile d'établir la valeur d'ouvrages inachevés, en particulier si le montant de l'investissement que doit encore consentir l'autorité contractante pour rendre l'ouvrage opérationnel dépasse celui effectivement investi par le partenaire privé. En tout état de cause, le montant de la valeur résiduelle est rarement réglé dans son intégralité, en particulier lorsque les recettes dégagées du projet constituent la seule rémunération de l'investissement du partenaire privé. Ainsi, au lieu de percevoir une indemnisation complète correspondant à la valeur de l'ouvrage, le partenaire privé reçoit souvent une indemnisation correspondant uniquement à la valeur résiduelle des biens qui n'ont pas encore été entièrement amortis au moment de la résiliation.

a) Résiliation due à un manquement du partenaire privé

49. En général, le partenaire privé n'a pas droit à des dommages-intérêts lorsque la résiliation est due à un manquement de sa part. C'est même lui qui peut être dans l'obligation d'en verser à l'autorité contractante, bien que, dans la pratique, une entreprise défaillante dont les dettes sont déclarées exigibles par ses créanciers ait rarement des moyens financiers encore suffisants pour régler effectivement ces dommages-intérêts, ce qui souligne l'importance des cautionnements et autres garanties d'exécution que le partenaire privé peut être tenu d'apporter (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]).

50. Il convient de noter que la résiliation pour manquement, même lorsqu'elle est considérée comme une sanction pour défaut grave d'exécution, ne devrait pas avoir pour conséquence l'enrichissement injuste de l'une ou l'autre partie. Ainsi, même dans les PPP dans lesquels le partenaire privé construit un ouvrage destiné à être transféré à terme à l'autorité contractante, la résiliation ne donne pas nécessairement à l'autorité contractante le droit de reprendre des biens sans rémunérer le partenaire privé. Pour régler équitablement cette question, on peut établir une distinction entre les différents types de biens, selon les arrangements y relatifs envisagés dans le contrat de PPP (voir par. 40) :

a) *Biens devant être transférés à l'autorité contractante.* Lorsque le contrat de PPP requiert le transfert automatique des biens du projet à l'autorité contractante à l'expiration du contrat, la résiliation pour manquement n'implique pas habituellement une indemnisation du partenaire privé pour les biens considérés, à l'exception de la valeur résiduelle des travaux correctement exécutés, dans la mesure où ils n'ont pas encore été amortis par le partenaire privé ;

b) *Biens pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré.* Une indemnisation financière peut être indiquée lorsque l'autorité contractante a le choix d'acquérir les biens à la valeur du marché à l'expiration du contrat de PPP, ou le droit de demander que cette possibilité soit donnée au nouvel attributaire du projet. Toutefois, il peut être légitime d'envisager une indemnisation financière inférieure à la valeur totale des biens de manière à encourager le partenaire privé à améliorer ses résultats. De même, il n'est peut-être pas nécessaire que l'indemnisation couvre le montant total du remboursement de l'encours de la dette du partenaire privé. Il est souhaitable de fixer les détails de la formule d'indemnisation financière dans le contrat de PPP (c'est-à-dire de déterminer si elle couvre la valeur désagrégée des biens ou le montant le moins élevé entre l'encours de la dette et la valeur des usages concurrents) ;

c) *Biens restant la propriété du partenaire privé.* Pour ce qui est des biens qui sont la propriété du partenaire privé et qui n'entrent pas dans les catégories a) ou b) ci-dessus, le partenaire privé peut généralement les retrancher et en disposer, de

sorte qu'il est rarement nécessaire de prévoir des accords d'indemnisation. Une situation différente peut toutefois se présenter dans le cas de projets entièrement privatisés, où tous les biens, y compris ceux qui sont essentiels pour la fourniture des services, sont la propriété du partenaire privé. L'autorité contractante peut alors, pour assurer la continuité des services, juger nécessaire de les reprendre, même si cela n'est pas prévu dans le contrat de PPP. Dans de tels cas, il est généralement admis que l'autorité contractante devrait indemniser le partenaire privé sur la base de la juste valeur marchande des biens. Le contrat de PPP peut toutefois prévoir que l'indemnité sera réduite du montant des frais supportés par l'autorité contractante pour exploiter l'installation ou engager un autre exploitant.

b) Résiliation due à un manquement de l'autorité contractante

51. En général, le partenaire privé a droit à une indemnisation intégrale pour le préjudice subi du fait de la résiliation du contrat pour des motifs attribuables à l'autorité contractante. Cette indemnisation comprend habituellement une indemnité correspondant à la valeur des travaux et des installations, dans la mesure où ils n'ont pas déjà été amortis, ainsi qu'au préjudice subi, y compris le manque à gagner. D'ordinaire, celui-ci est calculé sur la base des recettes perçues par le partenaire privé durant les exercices précédents, lorsque la résiliation intervient pendant la phase d'exploitation, ou sur celle d'une projection des bénéfices escomptés pendant la durée prévue initialement. Le partenaire privé peut avoir droit à une indemnisation intégrale au titre de la dette et du capital social, y compris le coût du service de la dette et le manque à gagner.

c) Résiliation pour d'autres motifs

52. Lorsque l'on prévoit des accords d'indemnisation en cas de résiliation due à des circonstances sans rapport avec un manquement de l'une ou l'autre partie, il peut être utile d'établir une distinction entre les empêchements exonérateurs et la résiliation déclarée par l'autorité contractante pour des raisons d'intérêt général ou d'autres motifs analogues.

i) Résiliation due à des empêchements exonérateurs

53. Par définition, les empêchements exonérateurs sont indépendants de la volonté des parties, et, en règle générale, la résiliation dans ces circonstances ne peut donner lieu à des demandes d'indemnisation par l'une ou l'autre partie. Dans certains cas, toutefois, il pourrait être équitable de prévoir un dédommagement pour le partenaire privé, par exemple une juste indemnisation pour les travaux déjà réalisés, en particulier lorsque les biens, en raison de leur nature spécialisée, ne peuvent être retranchés ou mis à profit par le partenaire privé, mais peuvent être utilisés par l'autorité contractante pour fournir le service requis (un pont, par exemple). Toutefois, dans la mesure où, en de tels cas, la résiliation ne peut être attribuée à l'autorité contractante, il n'est peut-être pas nécessaire que l'indemnisation du partenaire privé soit « intégrale » (à savoir remboursement de la dette, du capital social et du manque à gagner).

ii) Résiliation pour raison d'intérêt général

54. Lorsque le contrat de PPP reconnaît à l'autorité contractante le droit de résilier l'accord pour raison d'intérêt général, l'indemnisation du partenaire privé porte en général sur les mêmes éléments que ceux à prendre en compte dans une indemnisation pour résiliation due à un manquement de l'autorité contractante (voir par. 46), mais pas nécessairement de façon intégrale. Pour déterminer le montant équitable de l'indemnité à verser au partenaire privé, il peut être utile d'établir une distinction entre la résiliation pour raison d'intérêt général pendant la phase de construction et la résiliation pendant la phase d'exploitation :

a) *Résiliation pendant la phase de construction.* Si le contrat de PPP est résilié pendant la phase de construction et d'investissement, les accords d'indemnisation peuvent suivre la pratique habituellement appliquée dans le cadre

des grands contrats de travaux qui autorisent la résiliation au gré de l'autorité contractante. Dans ce cas, l'entrepreneur a généralement droit à la part du prix correspondant aux travaux de construction exécutés de façon satisfaisante ainsi qu'au remboursement des dépenses engagées et des pertes subies en raison de la résiliation du contrat. Toutefois, dans la mesure où normalement, l'autorité contractante ne verse pas une somme pour les travaux de construction exécutés par le partenaire privé, le principal critère pour calculer l'indemnité devrait être, en général, le montant de l'investissement total effectivement engagé par le partenaire privé jusqu'au moment de la résiliation, y compris toutes les sommes réellement déboursées au titre des facilités de prêt accordées au partenaire privé pour exécuter les travaux de construction conformément au contrat de PPP, et les dépenses afférentes à l'annulation des accords de prêts. Le risque de résiliation pendant la phase de construction représente un risque majeur pour le financement des projets de PPP. Afin d'atténuer ce risque et d'améliorer les perspectives de financement des projets dans lesquels l'autorité contractante paie pour les travaux réalisés par le partenaire privé, certains pays émettent des certificats négociables à échéance périodique correspondant au montant des investissements réalisés au cours de la période considérée (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]). Dans ce système, en cas de résiliation anticipée du contrat de PPP, tout montant reconnu mais non encore acquitté par l'autorité contractante est automatiquement inclus dans la somme résiduelle due par l'autorité contractante en tant qu'investissement non amorti. Les incidences financières globales de cette forme de prise en charge indirecte du risque lié à la construction par l'autorité contractante, que l'on retrouve dans certains modèles de PPP, doivent être soigneusement examinées à l'étape de planification du projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]). Il convient également de déterminer si, et dans quelle mesure, le partenaire privé peut avoir le droit de recouvrer le montant du manque à gagner correspondant à la partie du contrat qui a été résiliée pour des raisons d'intérêt général. D'une part, le partenaire privé peut avoir renoncé à d'autres chantiers pour achever l'ouvrage et le mettre en service pendant la durée prévue du contrat de PPP. D'autre part, si l'autorité contractante a l'obligation de l'indemniser pour manque à gagner, l'exercice de son droit de résilier l'accord à son gré risque d'être financièrement prohibitif. Une solution peut être d'établir, dans le contrat de PPP, un barème des versements à effectuer par l'autorité contractante à titre d'indemnisation pour manque à gagner, le montant de ces versements étant alors subordonné à l'état d'avancement des travaux lorsque le contrat de PPP est résilié au gré de la partie contractante ;

b) *Résiliation pendant la phase d'exploitation.* Lorsque le partenaire privé a mené à terme les travaux de construction de façon satisfaisante, les arrangements d'indemnisation peuvent être les mêmes que dans le cas d'une résiliation pendant la phase de construction. Toutefois, une indemnisation équitable pour résiliation pendant la phase d'exploitation peut devoir inclure un juste dédommagement pour manque à gagner. La norme plus élevée d'indemnisation appliquée dans ce cas peut se justifier par le fait que, contrairement à ce qui se passe lorsque la résiliation intervient pendant la phase de construction, alors que l'autorité contractante peut être obligée d'achever des travaux à ses frais, ladite autorité peut, lorsque la résiliation intervient pendant la phase d'exploitation, avoir à sa disposition un ouvrage achevé qui peut être exploité rentablement. L'indemnisation pour manque à gagner est souvent calculée sur la base des recettes dégagées par le partenaire privé pendant un certain nombre des exercices précédents, mais il peut, dans certains cas, être nécessaire de prendre en considération d'autres éléments tels que le bénéfice prévu sur la base des redevances convenues, étant donné que les recettes escomptées sont un élément central des études de faisabilité et de la structuration financière du projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]). La raison en est que dans certains projets d'infrastructure tels que des routes à péage et des projets similaires, qui sont caractérisés par des coûts financiers élevés et des recettes relativement faibles dans les premiers temps de l'exploitation, la résiliation peut intervenir avant que le projet soit devenu rentable.

3. Mesures de liquidation et mesures d'accompagnement

55. Lorsque l'ouvrage est transféré à l'autorité contractante à l'expiration du contrat, il se peut que les parties aient à prendre un ensemble de dispositions pour faire en sorte que l'autorité contractante soit à même d'exploiter ledit ouvrage selon les normes d'efficacité et de sûreté prescrites. Le contrat de PPP peut faire obligation au partenaire privé de transférer une technologie ou un savoir-faire nécessaire à l'exploitation de l'infrastructure. Il peut également prévoir le maintien, pendant une période transitoire, de certaines obligations du partenaire privé touchant l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage. Il peut en outre disposer que le partenaire privé sera tenu d'assurer ou de faciliter la fourniture des pièces de rechange dont l'autorité contractante pourrait avoir besoin pour réparer l'ouvrage. Il convient toutefois de noter que le partenaire privé pourra ne pas être à même de prendre lui-même certaines des mesures d'accompagnement dont il est question ci-dessous, car, dans la plupart des cas, il aura été constitué à la seule fin d'exécuter le projet et aura dû se procurer la technologie ou les pièces de rechange nécessaires auprès de tiers.

a) Transfert de technologie et de savoir-faire

56. L'ouvrage transféré à l'autorité contractante comporte parfois divers procédés technologiques nécessaires à la production de certains biens (tels que l'électricité ou l'eau potable) ou à la fourniture de services (tels que le téléphone). Souvent, l'autorité contractante voudra se familiariser avec ces procédés et leur application. Elle voudra également acquérir l'information et les compétences techniques nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage. Même lorsqu'elle possède les qualifications de base requises pour entreprendre une partie de l'exploitation et de la maintenance (techniques de construction ou génie civil, par exemple), il lui faudra peut-être acquérir des connaissances sur les procédés techniques spécialisés nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage dans les conditions voulues. La communication à l'autorité contractante de ces connaissances, informations et compétences est souvent appelée « transfert de technologie ». Les obligations relatives au transfert de technologie ne peuvent être imposées unilatéralement au partenaire privé et, dans la pratique, ces questions font l'objet de négociations détaillées entre les parties concernées. Bien que le pays hôte ait un intérêt légitime à accéder à la technologie nécessaire pour exploiter l'ouvrage, il faudrait tenir dûment compte des intérêts commerciaux et des stratégies commerciales des investisseurs privés.

57. Différentes clauses contractuelles peuvent être adoptées pour le transfert de technologie et l'exécution des autres obligations nécessaires pour construire et exploiter l'ouvrage. Le transfert de technologie en soi peut s'effectuer de diverses manières, par exemple par l'octroi de licences de propriété industrielle, la création d'une coentreprise entre les parties ou la fourniture d'un savoir-faire confidentiel. Le *Guide* ne tente pas de traiter dans le détail la négociation et la rédaction de contrats concernant l'octroi de licences de propriété industrielle ou la fourniture de savoir-faire, ces questions ayant déjà été traitées en profondeur dans des ouvrages publiés par d'autres organismes des Nations Unies⁴. Les paragraphes ci-après signalent

⁴ La négociation et la rédaction de contrats concernant l'octroi de licences de propriété industrielle et la fourniture de savoir-faire sont traitées de façon détaillée dans le *Guide sur les licences pour les pays en développement* de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (publication OMPI n° 620 (F), 1977). Les principales questions à envisager lors de la négociation et de la rédaction de tels contrats sont énoncées dans les *Principes directeurs pour l'évaluation des accords de transfert de technologie*, Série « Mise au point et transfert des techniques », n° 12 (ID/233, 1979) et dans le *Guide sur la rédaction de contrats portant sur le transfert international de know-how (savoir-faire) dans l'industrie mécanique* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.II.E.15). Parmi d'autres publications pertinentes, on citera le *Manuel sur l'acquisition de la technologie par les pays en développement* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.78.II.D.15). Pour une analyse du transfert de technologie dans le cadre de contrats de construction d'installations industrielles, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*

simplement certaines questions majeures que soulève la communication des connaissances nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage par la formation du personnel de l'autorité contractante ou par la fourniture d'une documentation.

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

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

60. Le moment auquel la documentation doit être fournie peut être précisé. Le contrat de PPP peut prévoir que toute la documentation doit avoir été fournie à la date fixée dans le contrat pour l'achèvement de l'ouvrage. Les parties peuvent également souhaiter prévoir que le transfert de l'ouvrage ne sera considéré comme terminé que lorsque toute la documentation concernant son exploitation et requise selon le contrat avant l'achèvement des travaux, aura été effectivement communiquée. Il peut être souhaitable de prévoir qu'une partie de la documentation (les manuels d'exploitation, par exemple) doit être fournie pendant la construction, une telle documentation pouvant permettre au personnel ou à l'ingénieur de l'autorité contractante de se familiariser avec le fonctionnement des machines ou du matériel pendant leur construction.

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

61. L'aide dont l'autorité contractante aura besoin dépendra de la technologie et du personnel qualifié dont elle dispose. Si l'autorité contractante manque de personnel suffisamment qualifié pour assurer le fonctionnement technique de l'ouvrage, elle voudra peut-être obtenir l'aide du partenaire privé à cette fin, du moins dans un premier temps. Dans certains cas, elle souhaitera peut-être que le partenaire privé pourvoie lui-même une grande partie des postes techniques, alors que dans d'autres, elle préférera qu'il fournisse uniquement les services d'experts techniques pour collaborer à titre consultatif avec son propre personnel afin d'assurer l'exécution de quelques opérations très spécialisées.

62. Pour aider l'autorité contractante à assurer l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage, le contrat de PPP peut imposer au partenaire privé de soumettre, avant le transfert de l'ouvrage, un programme d'exploitation et de maintenance conçu pour maintenir l'ouvrage en exploitation pendant le reste de sa durée de vie, au niveau d'efficacité exigé en vertu du contrat de PPP. Un tel programme comportera

(publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.10), chap. VI, « Transfert de technologie ».

notamment un organigramme indiquant le personnel clef nécessaire à l'exploitation technique de l'ouvrage et les fonctions dont chaque personne doit s'acquitter ; une inspection régulière de l'ouvrage ; les opérations de graissage, nettoyage et réglage ; et le remplacement des pièces défectueuses ou usées. Pourraient également entrer, dans la maintenance, des opérations de caractère organisationnel, comme l'établissement d'un calendrier ou de registres de maintenance. Le partenaire privé peut également être tenu par l'autorité contractante de fournir des manuels d'exploitation et de maintenance énonçant les procédures appropriées. Ces manuels devraient être présentés sous une forme et dans une langue facilement compréhensibles par le personnel de l'autorité contractante.

63. Un moyen efficace de former le personnel de l'autorité contractante aux procédures d'exploitation et de maintenance consiste à prévoir, dans le contrat de PPP, que ce personnel sera associé à celui du partenaire privé pour assurer les opérations d'exploitation et de maintenance pendant un certain temps avant le transfert de l'ouvrage, voire après. Les postes que doivent occuper les membres du personnel de l'autorité contractante peuvent ainsi être recensés et leurs qualifications et expérience précisées. Pour éviter les désaccords et les facteurs d'inefficacité, il est souhaitable de définir clairement le pouvoir que doit exercer le personnel de chaque partie sur le personnel de l'autre partie pendant la période considérée.

c) Fourniture de pièces de rechange

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

65. Les parties pourraient aussi conclure un contrat distinct pour régler ces questions⁵. Un tel contrat pourrait être conclu à un moment proche du transfert de l'ouvrage, lorsque l'autorité contractante a peut-être une idée plus précise de ses besoins. Si les pièces de rechange sont fabriquées non par le partenaire privé, mais par des fournisseurs, l'autorité contractante préférera peut-être, pour les obtenir, se mettre en rapport avec ces fournisseurs plutôt qu'avec le partenaire privé ou souhaitera peut-être, encore, que le partenaire privé les obtienne en qualité d'agent la représentant.

66. Il est souhaitable que le personnel de l'autorité contractante acquière les capacités techniques nécessaires à l'installation des pièces de rechange. À cette fin, le contrat de PPP peut faire obligation au partenaire privé de fournir les manuels d'instruction, outils et matériels indispensables. Les manuels d'instruction devraient être présentés sous une forme et dans une langue facilement compréhensibles par le personnel de l'autorité contractante. Le contrat peut également exiger que le partenaire privé fournisse des plans de récolement indiquant comment les diverses parties des équipements sont reliées entre elles et comment on peut y accéder afin de pouvoir installer les pièces de rechange et effectuer les opérations de maintenance et des réparations. Dans certains cas, il pourrait être utile d'exiger que le partenaire privé forme le personnel de l'autorité contractante à l'installation des pièces de rechange.

⁵ La Commission économique pour l'Europe a établi un *Guide pour la rédaction de contrats internationaux de services relatifs à l'entretien, à la réparation et à l'exploitation d'installations industrielles et autres* (ECE/TRADE/154) qui peut, *mutatis mutandis*, aider les parties à élaborer un contrat ou des contrats distincts traitant de la maintenance et des réparations après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante.

d) Réparations

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

e) Démantèlement

68. Dans les paragraphes précédents, il a été évoqué diverses mesures de liquidation et d'accompagnement à prendre pour assurer le transfert ordonné des biens ou de l'équipement à l'autorité contractante (ou à un partenaire privé successeur, selon le cas). Un type différent de mesures de liquidation s'impose pour le démantèlement d'une infrastructure ou d'un ouvrage qui est devenu(e) obsolète ou n'est plus capable de fonctionner conformément aux objectifs de protection de l'environnement ou de développement durable du pays hôte. Dans ce contexte, « démantèlement » signifie mettre définitivement l'infrastructure hors service. Le démantèlement pourra impliquer le démontage et l'enlèvement de l'infrastructure du lieu du projet de PPP, l'ensemble du processus ne devant causer aucun préjudice corporel ou dommage à des biens ni présenter un risque pour l'environnement. Une planification soignée est requise, et il faudrait que le contrat de PPP énonce les procédures et méthodes à appliquer pour démanteler l'infrastructure. Par exemple, les parties pourront avoir besoin de conduire des études indépendantes pour évaluer l'obsolescence potentielle ou les risques pour l'environnement ou la sécurité que présente l'infrastructure. Il est en outre conseillé d'aborder les coûts et la procédure de démantèlement dans les études d'impact environnemental et social lors de la préparation du projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]).

69. Le démantèlement d'une infrastructure entraîne souvent d'importantes dépenses. Il faudrait donc, par conséquent, que le contrat de PPP énonce les obligations respectives des parties en ce qui concerne les diverses mesures à prendre pour assurer un démantèlement approprié, y compris en ce qui concerne le coût de ces mesures et toute responsabilité qui pourrait découler de nuisances environnementales ou d'autres dommages causés au site, à des biens adjacents, ou de toute forme de dommage corporel (ainsi que les mécanismes correspondants d'assurance et autres d'atténuation des risques). Il convient de noter que la législation générale relative à l'environnement ou à la gestion des déchets pourrait compléter les dispositions du contrat de PPP, notamment en cas de démantèlement imprévu de l'infrastructure, voire l'emporter sur elles dans le cas non rare où la réglementation environnementale évoluerait vers des normes plus strictes après l'attribution du contrat de PPP.

IV. Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP

1. Durée et prorogation du contrat de PPP

Disposition type 48. Durée du contrat de PPP

Le contrat de PPP fixe sa durée, en tenant compte des facteurs suivants :

- a) La nature et le montant de l'investissement que doit effectuer le partenaire privé ;
- b) La période normale d'amortissement des ouvrages et installations dont la construction, l'extension, la remise en état ou la rénovation sont prévues dans le contrat ;
- c) Les besoins et les exigences de l'autorité contractante s'agissant des ouvrages et services concernés ;
- d) Toutes politiques pertinentes relatives à la concurrence et à la structure des marchés dans le secteur d'infrastructure ou de services concerné, telles qu'énoncées dans les lois et réglementations applicables.

Disposition type 49. Prorogation du contrat de PPP

L'autorité contractante peut ne pas accepter de proroger le contrat de PPP sauf à la suite des événements suivants :

- a) Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable de l'une ou l'autre des parties ;
- b) Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques ;
- c) Augmentation des frais dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans le contrat, si le partenaire privé n'est pas en mesure de les amortir sans une telle prorogation ; ou
- d) *[Autres événements spécifiés par l'État adoptant.]*⁴⁵

2. Résiliation du contrat de PPP

Disposition type 50. Résiliation du contrat de PPP par l'autorité contractante

L'autorité contractante peut résilier le contrat de PPP :

- a) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le partenaire privé puisse ou veuille exécuter ses obligations en raison de son insolvabilité, d'un manquement grave ou pour d'autres motifs ;
- b) Pour des raisons impérieuses⁴⁶ d'intérêt général, sous réserve du versement au partenaire privé d'une indemnité selon les conditions convenues dans le contrat ;
- c) *[Autres cas que l'État adoptant souhaiterait peut-être ajouter.]*

⁴⁵ L'État adoptant voudra peut-être envisager la possibilité d'autoriser dans la loi une prorogation par convention du contrat de PPP conformément aux clauses de ce contrat, pour des raisons d'intérêt général indiquées dans les actes et informations conservés par l'autorité contractante conformément à la disposition type 26.

⁴⁶ Un certain nombre de situations pouvant constituer une raison impérieuse d'intérêt général sont examinées dans le *Guide législatif*, chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 29.

Disposition type 51. Résiliation du contrat de PPP par le partenaire privé

Le partenaire privé ne peut résilier le contrat de PPP sauf :

a) En cas de manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux responsabilités qui lui incombent en vertu du contrat et sous réserve d'une décision finale de l'organe de règlement des différends convenu par les parties conformément à la disposition type [...] ou dans le contrat ;

b) Si, bien que les conditions de révision du contrat prévues au paragraphe 1 de la disposition type 45 soient réunies, les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une telle révision ; ou

c) S'il est manifestement déraisonnable de s'attendre à ce que le partenaire privé continue d'exécuter ses obligations en vertu du contrat pour les raisons suivantes :

i) Une autorité publique ne peut fournir un appui ou accomplir d'autres actes qui, en vertu du contrat de PPP ou de la loi, sont requis pour l'exécution du projet ; ou

ii) Pour l'exécution du contrat, le partenaire privé a engagé des dépenses substantiellement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible du fait d'actes ou d'omissions de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, par exemple en application des alinéas h) et i) de la disposition type 33, et les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une révision du contrat conformément à l'alinéa l) de la disposition type 33.

Disposition type 52. Résiliation du contrat de PPP par l'une ou l'autre partie

Le contrat de PPP prévoit que l'une ou l'autre partie peut le résilier lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Il doit également préciser les modalités de cette résiliation, en particulier le préavis à donner à l'autre partie. Les parties ont en outre le droit de résilier le contrat par consentement mutuel.

3. Arrangements lors de la résiliation ou de l'expiration du contrat de PPP

Disposition type 53. Indemnisation lors de la résiliation du contrat de PPP

Le contrat de PPP spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation du contrat, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application du contrat, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner.

Disposition type 54. Liquidation et mesures de transfert

Le contrat de PPP prévoit, selon qu'il convient :

- a) Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l'autorité contractante ;
- b) L'indemnisation à laquelle le partenaire privé peut avoir droit pour des biens transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau partenaire privé ou achetés par l'autorité contractante ;
- c) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage ;
- d) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau partenaire privé à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage ;
- e) La fourniture, par le partenaire privé, de services et de ressources d'appui sans interruption, y compris de pièces de rechange, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau partenaire privé ;
- f) Les mécanismes et les procédures de démantèlement de l'infrastructure, y compris l'élaboration d'un plan de démantèlement, les obligations respectives des parties pour sa mise en œuvre et leurs obligations financières à cet égard.