

**Assemblée générale**

Distr. générale
14 août 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 VII révisé)**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
VII. Autres domaines pertinents du droit	2
A. Remarques générales	2
B. Autres domaines pertinents du droit	2
C. Accords internationaux	16



VII. Autres domaines pertinents du droit

A. Remarques générales

1. Le stade de développement de la législation pertinente du pays hôte, la stabilité de son système juridique et l'adéquation des recours mis à la disposition des particuliers et des entreprises privées sont des éléments essentiels du cadre juridique général applicable aux PPP. En passant en revue et, lorsqu'il y a lieu, en améliorant les lois en vigueur dans les domaines qui intéressent directement les PPP, le pays hôte contribuera beaucoup à créer un climat propice aux investissements du secteur privé dans les infrastructures et les services publics. Une plus grande sécurité juridique et un cadre juridique favorable se traduiront par une meilleure évaluation des risques de pays par les prêteurs et les investisseurs, ce qui permettra de mobiliser à moindres frais des capitaux privés et réduira la nécessité d'un appui ou de garanties des pouvoirs publics (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]).
2. La section B met en relief quelques aspects des lois du pays hôte qui, sans nécessairement concerner directement les PPP, peuvent avoir un impact sur leur réalisation (voir par. 3 à 52). La section C analyse l'applicabilité éventuelle de quelques accords internationaux importants à la mise en œuvre de projets de PPP dans le pays hôte (voir par. 53 à 57).

B. Autres domaines pertinents du droit

3. En plus des aspects de la législation qui visent directement les PPP, un cadre juridique favorable exige l'adoption de dispositions appropriées dans d'autres domaines de droit. L'existence d'une législation encourageant et protégeant les investissements privés dans les activités économiques attirera de tels investissements dans les infrastructures et les services. Les paragraphes qui suivent indiquent seulement quelques aspects d'autres domaines du droit pouvant avoir un impact sur la réalisation de projets d'infrastructure. L'existence de dispositions appropriées dans ces autres domaines peut faciliter un certain nombre d'opérations nécessaires pour exécuter des projets d'infrastructure et contribuer à réduire le risque juridique perçu de l'investissement dans le pays hôte.

1. Promotion et protection des investissements

4. Un point qui intéresse particulièrement les promoteurs de projets et les prêteurs est le degré de protection accordé aux investissements dans le pays hôte. Les investisseurs étrangers voudront avoir l'assurance qu'ils seront protégés contre une nationalisation ou une expropriation sans recours juridictionnel et sans indemnisation appropriée conformément aux règles en vigueur dans le pays hôte et aux normes de droit international. Les promoteurs souhaiteront également savoir dans quelle mesure ils pourront, entre autres, faire venir dans le pays sans restriction déraisonnable le personnel qualifié nécessaire pour travailler sur le projet, importer les biens et le matériel nécessaires, avoir accès aux devises étrangères dont ils auront besoin et transférer à l'étranger ou rapatrier leurs bénéfices et les sommes nécessaires au remboursement de prêts qu'ils auront contractés aux fins du projet de PPP. Outre les garanties spécifiques que peuvent fournir les pouvoirs publics (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]), l'adoption de mesures législatives touchant la promotion et la protection des investissements peut beaucoup faciliter la réalisation de projets de PPP. Pour les pays ayant déjà une législation adéquate en matière de protection des investissements, il peut être utile d'envisager d'étendre expressément cette protection aux projets de PPP. Les pays qui souhaitent élaborer une politique cohérente et efficace de promotion et de protection des investissements pourront s'inspirer des principes directeurs contenus dans le Cadre

pour les politiques d'investissement adopté par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)¹.

5. Un nombre croissant de pays ont conclu des accords bilatéraux qui visent à faciliter et à protéger les flux d'investissements entre les parties contractantes. Ces accords comportent généralement des dispositions concernant l'admission et le traitement des investissements étrangers, le transfert des capitaux entre les parties contractantes (par exemple, versement de dividendes à l'étranger ou rapatriement des investissements), la disponibilité de devises étrangères pour le transfert ou le rapatriement du produit des investissements, la protection contre l'expropriation et la nationalisation et le règlement des différends relatifs aux investissements en dehors du pays hôte (voir chap. VI, « Règlement des différends », par. [...]). L'existence d'un tel accord entre le pays hôte et le ou les pays d'origine des promoteurs du projet peut jouer un rôle important dans la décision d'investir dans le pays hôte. De plus, selon ses conditions, un tel accord peut réduire le besoin d'assurances ou de garanties de l'État pour des projets d'infrastructure particuliers. Le guide de la CNUCED sur le Cadre pour les politiques d'investissement (voir par. 4) est aussi conforme à une telle approche. Il recommande les moyens de définir et de mettre en œuvre une stratégie dans l'écheveau complexe et fragmenté des traités multilatéraux.

6. En outre, dans un certain nombre de pays, des règles visant à faciliter et protéger les flux d'investissements (et portant aussi sur des domaines tels que la législation sur l'immigration, le contrôle des importations et le contrôle des changes) sont contenues dans des lois qui n'ont pas nécessairement pour base un traité bilatéral ou multilatéral.

2. Droit de la propriété

7. Il est souhaitable que le droit de la propriété du pays hôte corresponde à des normes internationales acceptables et contienne des dispositions adéquates sur la propriété et l'utilisation des terrains et immeubles ainsi que des biens meubles et incorporels, et permette au partenaire privé d'acheter, de vendre et de transférer des biens, ou d'en autoriser l'utilisation, selon les cas. On a constaté que l'existence de dispositions constitutionnelles garantissant les droits de propriété contribuait de façon importante à attirer et à encourager les investissements privés dans de nombreux pays.

8. Lorsque le partenaire privé est propriétaire des terrains sur lesquels est réalisé l'ouvrage, il importe que la propriété ou le droit de jouissance de ces terrains puisse être établi clairement et sans équivoque par des procédures adéquates d'enregistrement et de publicité. Le partenaire privé et les prêteurs auront besoin d'une preuve claire que ceux-ci ne donneront pas matière à litige. Autrement dit, ils hésiteront à engager des fonds pour le projet si les lois du pays hôte ne fournissent pas de moyens satisfaisants d'établir la propriété ou le droit de jouissance à long terme des terrains.

9. Il faut en outre mettre en place des mécanismes efficaces permettant de faire respecter les droits de propriété et de possession accordés au partenaire privé. Ces mécanismes devraient également s'appliquer aux servitudes dont le partenaire privé peut avoir besoin pour fournir les services requis (par exemple, pose de pylônes et de câbles sur des terrains privés pour la distribution d'électricité) (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]).

3. Sûretés

10. Comme cela a été indiqué précédemment (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]), les dispositions relatives aux garanties dans les projets de PPP peuvent être complexes et prévoir diverses formes de garanties, par exemple une sûreté sur certains biens matériels du partenaire privé

¹ Le Cadre de la CNUCED pour les politiques d'investissement au service du développement durable (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/3) et les « Principes directeurs pour l'élaboration de politiques d'investissement » peuvent être consultés sur le site Web suivant : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ipfsd> (en anglais seulement).

(hypothèque ou nantissement, par exemple), le gage d'actions du partenaire privé et la cession de biens incorporels (créances) du projet. Alors que le droit applicable aux accords de prêts est généralement celui choisi par les parties, c'est dans la plupart des cas la loi du pays hôte qui détermine le type d'action en garantie pouvant être engagée contre des biens situés dans le pays hôte et les recours disponibles.

11. Les différences dans les types de garanties ou les limites relatives aux recours disponibles en vertu des lois du pays hôte peuvent être une source de préoccupation pour les prêteurs potentiels. Il est donc important de veiller à ce que le droit interne prévoit une protection juridique suffisante pour les créanciers garantis et ne fasse pas obstacle à la capacité des parties d'établir des arrangements appropriés en la matière. En raison des différences marquées qui caractérisent le droit des sûretés en vigueur dans les différents pays, le *Guide* n'analyse pas en détail les aspects techniques des mesures législatives requises, mais se contente de donner, dans les paragraphes qui suivent, un aperçu général des principaux éléments d'un régime moderne des opérations garanties.

12. Dans certains systèmes juridiques, des sûretés peuvent être constituées sur presque tous les types de biens, y compris la propriété intellectuelle, tandis que dans d'autres elles ne peuvent l'être que sur une catégorie limitée de biens, comme les biens immobiliers. Dans d'autres encore, des sûretés peuvent être constituées sur des biens qui n'existent pas encore (biens futurs) ou sur l'ensemble des biens d'une société, tout en permettant à celle-ci de continuer d'en disposer dans le cours normal de ses affaires. Quelques systèmes juridiques prévoient les sûretés sans dépossession, qui permettent au créancier d'obtenir une garantie, même s'il n'a pas la possession effective des biens en question ; d'autres prévoient qu'une sûreté ne peut être constituée, dans le cas de biens dont le titre de propriété n'est pas soumis à enregistrement, que moyennant possession physique ou virtuelle. Dans certains systèmes juridiques, la sûreté peut être réalisée sans l'intervention des tribunaux, dans d'autres, celle-ci est requise. Certains pays prévoient, parmi les moyens de réalisation, non seulement la vente du bien grevé, mais aussi la prise de possession ou la nomination d'un administrateur judiciaire ; dans d'autres, le principal moyen de réalisation à la disposition du créancier est la vente judiciaire. Dans différents pays, certains types de sûretés confèrent des droits ayant priorité sur ceux des créanciers privilégiés tandis que, dans d'autres, ces derniers priment sur tous les autres types de créanciers garantis. La constitution d'une sûreté est peu coûteuse dans certains pays, les droits et taxes à acquitter étant minimales, tandis qu'elle est onéreuse dans d'autres. Certains pays n'imposent aucune limite au montant de la sûreté tandis que, dans d'autres, celle-ci ne peut pas être excessive par rapport au montant de la créance. Certains systèmes juridiques imposent au créancier garanti certaines obligations en cas de réalisation de la sûreté, par exemple celle de prendre les dispositions nécessaires pour que le bien soit vendu à sa juste valeur marchande.

13. La protection juridique de base peut comporter des dispositions visant à ce qu'une sûreté réelle (par exemple, une hypothèque) puisse faire l'objet d'une inscription pour que, une fois inscrite au registre central des titres de propriété ou autre registre public, tout acheteur du bien auquel la sûreté est attachée soit tenu de prendre ce bien soumis à la sûreté. Cela peut être difficile dans nombre de pays où il n'existe pas de registre central de la propriété. En outre, la sûreté devrait être opposable aux tiers, avoir le caractère d'un droit de propriété et non d'une simple obligation, et devrait habiliter la personne qui la reçoit à vendre, dans une procédure de réalisation, les biens pris en garantie.

14. Un autre aspect important a trait à la latitude donnée aux parties pour définir les biens susceptibles de servir de garantie. Dans certains systèmes juridiques, cette latitude est grande. Parfois, des sûretés peuvent être constituées sur l'ensemble des biens d'une entreprise, ce qui permet de vendre celle-ci en vue de la poursuite de l'activité, et peut aider à sauver une entreprise en difficulté tout en augmentant les sommes pouvant être recouvrées par le créancier garanti. D'autres systèmes juridiques, en revanche, ne permettent que la constitution d'une sûreté sur des biens spécifiques et ne reconnaissent pas les sûretés portant sur la totalité des biens du

débiteur. Il peut également y avoir des limites à la capacité du débiteur de négocier les biens constitués en garantie. Étant donné ces limites et restrictions, il est difficile, sinon impossible, pour le débiteur de constituer des sûretés sur des biens décrits de façon générique ou sur des biens faisant l'objet d'échanges dans le cours normal de ses affaires.

15. Les PPP s'inscrivant dans la durée, les parties peuvent souhaiter définir les biens susceptibles d'être grevés de sûretés à titre particulier ou général. Elles peuvent souhaiter également que ces sûretés portent sur des biens présents ou futurs et sur des biens qui pourraient changer pendant la durée de la garantie. Il peut être bon d'examiner les dispositions existantes sur les sûretés réelles afin d'inclure des dispositions permettant aux parties de conclure des arrangements appropriés les concernant.

16. Divers organismes intergouvernementaux internationaux, y compris la CNUDCI, ont élaboré des instruments qui peuvent servir de modèle pour l'élaboration ou la modernisation de la législation relative aux sûretés. Ainsi, la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières² fournit un cadre transparent, complet et moderne relatif au financement garanti qui peut répondre aux besoins des parties intervenant dans des PPP, comme on l'a vu plus haut (voir par. 10 à 15). La Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international³ constitue elle aussi un outil utile pour éliminer les obstacles aux transactions transfrontières, essentielles au financement des projets de PPP. La Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention du Cap)⁴ et les Protocoles ultérieurs relatifs à l'aéronautique⁵, au rail⁶ et à l'espace⁷ constituent un autre ensemble d'instruments internationaux pertinents dans le domaine des sûretés internationales. Ces instruments, élaborés sous les auspices de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), prévoient l'existence de droits certains et opposables – à travers notamment un registre international électronique – sur des biens meubles pouvant faire l'objet d'une transaction liée à un PPP.

4. Droit de la propriété intellectuelle

17. Les PPP font souvent appel à des technologies nouvelles ou de pointe protégées par des brevets ou par des droits de propriété intellectuelle similaires. Ils peuvent également impliquer la formulation et la soumission de solutions originales ou novatrices pouvant constituer une information exclusive appartenant à celui qui les propose au titre de la protection des droits d'auteur. Les investisseurs privés, nationaux et étrangers, qui apportent une technologie nouvelle ou de pointe dans le pays hôte ou élaborent des solutions originales devront donc avoir l'assurance que leurs droits de propriété intellectuelle seront protégés et qu'ils seront en mesure de les faire valoir contre toute atteinte qui leur est portée, ce qui peut nécessiter l'adoption de dispositions de droit pénal pour combattre de telles violations.

² La Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (2016) peut être consultée à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security/2016Model_secured.html.

³ La Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 2001) peut être consultée à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables.html.

⁴ Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001).

⁵ Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001).

⁶ Protocole portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Luxembourg 2007).

⁷ Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Berlin, 2012).

18. L'adhésion aux accords internationaux concernant la protection et l'enregistrement des droits de propriété intellectuelle permet de disposer d'un cadre juridique pour la protection de la propriété intellectuelle. Il serait souhaitable de renforcer la protection des droits de propriété intellectuelle en s'inspirant d'instruments comme la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1883⁸. Cette Convention s'applique à la propriété industrielle au sens large, y compris notamment aux inventions, marques, dessins et modèles industriels, modèles d'utilité, noms commerciaux et indications géographiques et à la répression de la concurrence déloyale. Elle dispose que, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, les États contractants doivent accorder le traitement national. Elle établit également un droit de priorité dans le cas des brevets, marques et dessins industriels, et contient un petit nombre de règles communes que tous les États contractants doivent suivre en matière de brevets, marques, dessins industriels, noms commerciaux, indications d'origine, concurrence déloyale et administrations nationales. Un autre instrument de protection internationale des brevets est le Traité de 1970 sur la coopération en matière de brevets, qui permet au déposant de demander la protection d'une invention simultanément dans plusieurs États en déposant une demande internationale. Dans certains pays, les normes internationales sont complétées par des lois visant à assurer une protection juridique aux nouveautés technologiques, par exemple des lois protégeant les droits de propriété intellectuelle sur les logiciels et le matériel informatique. Par ailleurs, le Traité sur le droit des brevets⁹ vise à harmoniser les procédures de forme relatives aux demandes et aux brevets nationaux et régionaux.

19. D'autres instruments importants concernant la protection internationale des droits de propriété industrielle sont l'Arrangement de Madrid de 1891 concernant l'enregistrement international des marques¹⁰, le Protocole relatif à cet Arrangement de 1989, et le Règlement d'exécution commun à l'Arrangement de Madrid et au Protocole y relatif de 1998. L'Arrangement de Madrid prévoit l'enregistrement international des marques applicables aux produits ou services auprès du Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). L'enregistrement international des marques en vertu de l'Arrangement de Madrid produit des effets dans plusieurs pays, voire dans tous les États contractants (sauf le pays d'origine). En outre, le Traité sur le droit des marques de 1994 a pour objectif de simplifier et d'harmoniser les procédures concernant les demandes d'enregistrement des marques, de changement après l'enregistrement et de renouvellement de l'enregistrement.

20. En matière de dessins industriels, l'Arrangement de La Haye de 1925 concernant le dépôt international des dessins ou modèles industriels¹¹ régit le dépôt international des dessins ou modèles industriels au Bureau international de l'OMPI. Le dépôt international produit, dans chacun des États contractants désignés par le déposant, les mêmes effets que si toutes les formalités requises par le droit interne pour protéger le dessin industriel avaient été accomplies par le déposant et si tous les actes administratifs nécessaires à cette fin avaient été accomplis par le service compétent de ce pays.

21. L'accord multilatéral le plus complet sur la propriété intellectuelle, à ce jour, est l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« Accord sur les ADPIC ») qui a été négocié sous les auspices de

⁸ Telle que révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et telle qu'amendée le 2 octobre 1979.

⁹ Traité sur le droit des brevets (Genève, 1^{er} juin 2000).

¹⁰ Tel que révisé à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Nice le 15 juin 1957 et à Stockholm le 14 juillet 1967.

¹¹ Avec l'Acte additionnel de Monaco de 1961, l'Acte complémentaire de Stockholm de 1967 tel que modifié le 28 septembre 1979 et le Règlement d'exécution de l'Arrangement de La Haye concernant le dépôt international des dessins ou modèles industriels de 1998.

l'Organisation mondiale du commerce et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Les domaines de la propriété intellectuelle sur lesquels il porte sont les suivants : droit d'auteur et droits connexes (c'est-à-dire les droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion) ; marques de fabrique ou de commerce, y compris les marques de service ; indications géographiques, y compris les appellations d'origine ; dessins et modèles industriels ; brevets, y compris la protection des obtentions végétales ; schémas de configuration de circuits intégrés ; et renseignements non divulgués, y compris les secrets commerciaux et les données résultant d'essais. Pour chacun des principaux domaines de la propriété intellectuelle qu'il couvre, l'Accord sur les ADPIC établit les normes minimales de protection que doit assurer chaque partie contractante en exigeant en premier lieu que soient respectées les obligations de fond énoncées, entre autres, dans la Convention de Paris dans sa version la plus récente. Les principales dispositions de fond de cette convention sont incorporées par référence et deviennent donc des obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. Ce dernier introduit en outre un nombre important d'obligations supplémentaires dans les domaines où les conventions préexistantes sur la propriété intellectuelle sont muettes ou jugées insuffisantes. Il expose aussi certains principes généraux applicables à toutes les procédures visant à faire valoir les droits de propriété intellectuelle. Il contient enfin des dispositions sur les procédures et mesures correctives civiles et administratives, les mesures provisoires, les prescriptions spéciales concernant les mesures à la frontière et les procédures pénales, qui précisent, de manière assez détaillée, les procédures et mesures correctives qui doivent être prévues pour permettre aux titulaires de droits de propriété intellectuelle de les faire respecter efficacement.

5. Règles et procédures relatives à l'acquisition forcée de biens privés

22. Lorsque les pouvoirs publics se chargent de fournir les terrains nécessaires pour la réalisation du projet, ils peuvent les acheter à leurs propriétaires ou bien, s'il le faut, procéder à une acquisition forcée, moyennant une compensation adéquate, dans le cadre de procédures d'expropriation (ou acquisition forcée) (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]). De nombreux pays ont une législation régissant les procédures d'expropriation, et celle-ci s'appliquerait vraisemblablement à toute expropriation requise pour des projets de PPP.

23. L'expropriation peut s'effectuer dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire ou bien en vertu d'un acte législatif spécial. Dans la plupart des cas, la procédure comporte des étapes administratives et judiciaires, qui peuvent être longues et complexes. L'État souhaitera donc peut-être examiner les dispositions existantes en matière d'expropriation pour des raisons d'intérêt général, afin de déterminer si elles sont adaptées aux besoins des grands projets d'infrastructure et si elles permettent des procédures rapides et d'un bon rapport coût-efficacité, tout en assurant une protection adéquate des droits des propriétaires. Dans la mesure autorisée par la loi et compte tenu de l'étude d'impact sur l'environnement et la société qui aura été réalisée lors de la phase initiale du projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]), il est important de donner à l'État les moyens de prendre possession du bien sans délai inutile, afin d'éviter une hausse des coûts du projet.

6. Règles applicables aux marchés publics et droit administratif

24. Dans nombre de systèmes juridiques de tradition romano-germanique ou influencés par cette tradition, la prestation des services publics est régie par un corpus juridique appelé droit administratif, qui régit une large gamme d'attributions étatiques. Ces systèmes sont fondés sur le principe selon lequel l'État peut exercer ses pouvoirs et ses attributions par acte ou contrat administratif, étant entendu qu'il lui est aussi loisible de conclure des contrats privés sous réserve du droit régissant les contrats commerciaux privés. Les différences entre ces deux types de contrats peuvent être importantes.

25. En droit administratif, le principe de l'autonomie et de la liberté contractuelle dont jouissent les parties à un contrat privé est subordonné à l'intérêt général. Dans certains systèmes juridiques, l'État a le droit de modifier la portée et les dispositions des contrats administratifs, voire de les résilier pour des motifs d'intérêt général, sous réserve, habituellement, de réparation du préjudice subi par la partie contractante privée (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. [...]). L'État peut également avoir de larges droits de suivi et d'inspection, ainsi que le droit de sanctionner l'exploitant privé qui manque à ses obligations. Ces droits sont souvent compensés par l'obligation d'apporter au contrat les autres changements nécessaires pour rétablir l'équilibre financier initial entre les parties et pour préserver la valeur générale du contrat pour la partie contractante privée (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]). Dans certains systèmes juridiques, les différends découlant de contrats conclus avec l'État relèvent de la compétence exclusive de tribunaux spéciaux qui connaissent exclusivement des questions administratives, tribunaux qui, dans certains pays, ne font pas partie du système judiciaire ou constituent un système judiciaire distinct (voir chap. VI, « Règlement des différends », par. [...]).

26. L'existence d'un régime juridique spécial applicable aux exploitants d'ouvrages d'infrastructure et aux prestataires de services publics n'est pas limitée aux systèmes juridiques évoqués ci-dessus. Bien que les pays qui s'inspirent de la tradition de la *common law* n'établissent pas de distinction aussi nette entre les contrats administratifs et les contrats privés, des résultats analogues peuvent être obtenus par des moyens différents. Si ces systèmes juridiques considèrent généralement que le meilleur moyen de préserver l'état de droit est de soumettre l'État au droit privé ordinaire, il est généralement admis que l'État ne peut pas, par contrat, entraver l'exercice de ses attributions souveraines. Il ne peut pas limiter ses pouvoirs exécutifs futurs dans l'accomplissement des attributions étatiques qui touchent l'intérêt général. Selon la doctrine des actes souverains appliquée dans certains pays de *common law*, l'État, en sa qualité de contractant, est dégagé de ses obligations contractuelles si, en sa qualité d'entité souveraine, il promulgue dans l'intérêt général des lois, décrets ou arrêtés qui l'empêchent d'honorer ses obligations. Ainsi, la loi peut autoriser une autorité publique à modifier des droits contractuels acquis. Habituellement, ce droit est limité, de sorte que les changements apportés au contrat ne peuvent pas être tels que l'autre partie ne puisse pas raisonnablement s'y adapter. En pareilles circonstances, la partie privée a habituellement droit à une certaine forme d'indemnisation ou de réparation équitable. En prévision d'une telle éventualité, une clause standard concernant les « changements de circonstances » est dans certains pays incluse dans les contrats passés avec l'État pour permettre à celui-ci de modifier par décision unilatérale les conditions du contrat ou de stipuler que le contrat sera modifié s'il intervient un acte de puissance publique.

27. Ces systèmes juridiques justifient les prérogatives spéciales dont sont investis les organismes publics par des motifs d'intérêt général. Toutefois, il est généralement admis que ces prérogatives, et en particulier le pouvoir de modifier par décision unilatérale les clauses d'un contrat, risquent, si elles sont abusivement invoquées, de porter atteinte aux droits acquis des entreprises travaillant avec l'État. Aussi les pays où la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure est une tradition bien établie ont-ils mis en place une série de mécanismes de contrôle et de recours pour protéger les cocontractants des organismes publics contre tout acte arbitraire ou irrégulier de la part des autorités publiques, tels que l'accès à des organes impartiaux de règlement des différends et des plans d'indemnisation intégrale en cas d'abus de pouvoir. En l'absence d'une telle protection, les investisseurs potentiels peuvent considérer que les règles de droit conférant aux autorités publiques des prérogatives spéciales constituent un risque impondérable qui peut les décourager. Aussi certains pays ont-ils revu leur législation sur les marchés publics de façon à garantir la protection nécessaire pour encourager l'investissement privé et à supprimer les dispositions qui avaient fait naître des doutes quant à la stabilité contractuelle à long terme indispensable à la réalisation de projets d'infrastructure.

7. Droit des contrats privés

28. Le droit régissant les contrats privés a une incidence importante sur les contrats conclus par le partenaire privé avec ses sous-traitants, ses fournisseurs et d'autres tiers du secteur privé. Le droit interne relatif aux contrats privés doit apporter des solutions adéquates aux besoins des parties contractantes, y compris la souplesse requise dans l'élaboration des contrats nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage. Outre certains éléments essentiels à un droit des contrats approprié, tels que la reconnaissance générale de l'autonomie de la volonté des parties, la possibilité de faire exécuter par voie juridictionnelle les obligations contractuelles et des recours adéquats en cas de rupture du contrat, les lois du pays hôte peuvent créer un environnement favorable pour les PPP en facilitant les arrangements contractuels susceptibles d'être utilisés pour ces projets. Il importe aussi de mettre en place une série adéquate de règles de droit international privé, car il est très probable que les contrats conclus par le partenaire privé comporteront, sous une forme ou une autre, certains éléments internationaux.

29. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit, le partenaire privé peut avoir besoin d'importer de grandes quantités de matériel et de fournitures. L'existence, dans le droit du pays hôte, de dispositions spécialement adaptées aux contrats de vente internationale réduira l'incertitude juridique entourant ces opérations. L'adhésion à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)¹² ou à d'autres instruments internationaux traitant de contrats particuliers, tels que la Convention sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988)¹³, élaborée par UNIDROIT, permet de disposer d'un cadre juridique particulièrement adapté.

8. Droit des sociétés

30. Pour la plupart des projets comportant la mise en place d'un nouveau projet de PPP, les promoteurs créeront la société de projet sous forme de personne morale distincte dans le pays hôte (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]). Il est reconnu que cette entité pourra prendre des formes diverses dans différents pays, et qu'elle ne sera pas nécessairement constituée en société. Cependant, comme c'est le plus souvent la forme d'une société qui est choisie, il importe que le pays hôte ait un droit des sociétés approprié comportant des dispositions modernes sur des aspects essentiels tels que les procédures de création, l'administration des sociétés, l'émission, la vente ou la cession d'actions, les états comptables et financiers et la protection des actionnaires minoritaires. En outre, reconnaître aux investisseurs le droit de constituer des entités distinctes pour mobiliser et décaisser des fonds peut faciliter le bouclage du montage financier du projet (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]).

31. Bien que diverses formes de personne morale soient possibles, une caractéristique commune est que les propriétaires (ou actionnaires) de l'entité du partenaire privé voudront limiter leur responsabilité à la valeur de leur participation au capital social. S'il est prévu que la société de projet proposera des actions au public, il faudra une responsabilité limitée, car les investisseurs potentiels, en général, n'achèteront ces actions qu'à des fins d'investissement et n'interviendront pas de près dans l'exploitation de la société de projet. Il est donc important que le droit du pays hôte comporte des dispositions adéquates concernant la limitation de la responsabilité des actionnaires. En outre, des dispositions appropriées régissant l'émission d'obligations ou d'autres titres par des sociétés commerciales permettront au

¹² *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.82.V.5), première partie.

¹³ *Actes de la Conférence diplomatique pour l'adoption des projets de conventions d'Unidroit sur l'affacturage international et le crédit-bail international, Ottawa, 9-28 mai 1988*, vol. I.

partenaire privé de se procurer des fonds auprès d'investisseurs sur le marché des valeurs, ce qui facilitera le financement de certains projets.

32. La législation devrait définir la responsabilité des administrateurs de la société de projet, y compris les cas dans lesquels leur responsabilité pénale peut être engagée. Elle pourra également comporter des dispositions tendant à assurer la protection des tiers lésés par tout manquement de la part des administrateurs à leurs responsabilités sociales. Le droit moderne des sociétés comporte souvent des dispositions spécifiques régissant la conduite des gestionnaires de façon à prévenir les conflits d'intérêts. Les dispositions de ce type exigent que les gestionnaires agissent de bonne foi au mieux des intérêts de la société et n'utilisent pas leur position pour promouvoir leurs intérêts financiers propres ou ceux d'autres personnes au détriment de la société. De telles dispositions peuvent être particulièrement utiles dans le cas des projets d'infrastructure, où le partenaire privé peut souhaiter recourir aux services de ses propres actionnaires, à un stade ou à un autre du projet, pour l'exécution de travaux ou la fourniture de services en rapport avec le projet (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]).

33. Il importe que la loi régie de façon satisfaisante le processus de décision pour les assemblées des actionnaires et les réunions des organes de direction de la société (par exemple, conseil d'administration ou conseil de surveillance). La protection des droits des actionnaires et en particulier des actionnaires minoritaires contre les abus des actionnaires dominants ou majoritaires est un élément important du droit moderne des sociétés. Il convient également de prévoir des mécanismes pour le règlement des différends entre actionnaires, ainsi que de reconnaître le droit des actionnaires de régler un certain nombre d'autres questions concernant la gestion du partenaire privé en concluant des accords entre eux ou des contrats de gestion avec les administrateurs de celui-ci.

9. Droit fiscal et questions fiscales à l'échelle internationale

34. Outre les incitations fiscales que peut offrir le pays hôte à tous les investisseurs ou les incitations spéciales accordées pour la réalisation de PPP en général ou de certains projets présélectionnés (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. [...]), le régime fiscal général du pays hôte joue un rôle important dans les décisions d'investissement des entreprises privées. En plus d'évaluer l'impact de la fiscalité sur les coûts du projet et la marge bénéficiaire qu'elles en attendent, celles-ci examinent aussi des questions telles que la transparence générale du système fiscal, le pouvoir discrétionnaire exercé par le fisc, la clarté des directives et instructions aux contribuables et l'objectivité des critères utilisés pour calculer l'assiette de l'impôt. Il peut s'agir d'une question complexe, particulièrement dans les pays où les instances chargées de percevoir ou de relever les impôts ou d'appliquer la législation fiscale sont décentralisées.

35. Les projets de PPP, qui sont généralement financés par des prêts accordés par des banques commerciales ou de développement international ou les capitaux mis à disposition par les promoteurs, exigent des liquidités prévisibles. C'est pourquoi il est fondamental que toutes les incidences fiscales potentielles puissent être évaluées aisément pendant toute la durée du projet. Toute modification imprévue des impôts ayant pour effet de réduire ces liquidités peut avoir des conséquences sérieuses pour le projet. Dans certains pays, l'État est habilité à conclure avec les investisseurs des accords afin de garantir que les liquidités du projet ne soient pas affectées par d'éventuelles hausses inattendues des impôts. Ces accords sont parfois appelés « accords de stabilité fiscale ». Il se peut toutefois que l'État ne puisse pas, pour des raisons constitutionnelles ou politiques, fournir ce type de garantie, auquel cas les parties peuvent convenir de mécanismes d'indemnisation ou de révision du contrat en cas de hausse des coûts due à une modification de la fiscalité (voir aussi chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]).

36. La dimension internationale des projets de PPP, qui sont souvent conclus avec des investisseurs étrangers, a également des conséquences importantes en termes de fiscalité, selon le régime fiscal existant tant dans le pays hôte que dans le pays d'origine. La plupart des régimes fiscaux nationaux entrent dans l'une des trois catégories générales suivantes. Une approche repose sur le principe de l'imposition universelle des revenus quelle qu'en soit la source, la double imposition étant évitée au moyen d'un système de crédit d'impôt étranger, le montant des impôts dus dans le pays d'origine étant réduit du montant des impôts étrangers déjà acquittés. Si telle est l'approche adoptée par le pays d'origine de l'investisseur, celui-ci ne paiera jamais moins d'impôt que si tous ses revenus avaient leur source dans son pays d'origine. Une autre formule consiste à exempter d'impôt dans le pays d'origine de l'investisseur les revenus de source étrangère déjà imposés à l'étranger. Selon l'approche territoriale, les revenus de source étrangère sont totalement exemptés d'impôt dans le pays d'origine. Les investisseurs dont le pays d'origine applique l'un de ces deux derniers systèmes bénéficieront de trêves fiscales et d'une réduction d'impôt dans le pays hôte, mais un tel allègement fiscal n'encouragera aucunement à investir une personne domiciliée dans un paradis fiscal.

37. Les parties au projet ne visent pas toutes le même objectif en matière d'impôts. Les investisseurs se préoccupent habituellement de l'imposition des bénéfices perçus dans le pays hôte, de l'imposition des paiements effectués aux entrepreneurs, fournisseurs, investisseurs et prêteurs et du régime fiscal applicable aux plus-values en capital (ou pertes) éventuelles en cas de liquidation du partenaire privé. Parfois, certains types de paiements déductibles aux fins de l'impôt dans le pays d'origine (intérêts sur les emprunts, dépenses de recherche, frais de soumission ou pertes de change) ne le sont pas dans le pays hôte ou inversement. Comme un crédit d'impôt étranger n'est accordé que sur les impôts acquittés sur les revenus étrangers, les investisseurs doivent s'assurer que les impôts sur le revenu éventuellement payés dans le pays hôte répondent à la définition de l'impôt sur le revenu au regard de la législation fiscale de leur pays d'origine. En outre, il se peut que la société de projet n'ait pas, dans le pays hôte, le même statut fiscal que dans son pays d'origine. Dans le cas où les avoirs affectés au projet deviennent propriété publique, le partenaire privé risque de ne pas pouvoir déduire leur amortissement aux fins de l'impôt dans son pays d'origine.

38. Un problème particulier, dans le cas des projets de PPP où interviennent des investissements étrangers, est le risque d'une double imposition des sociétés étrangères participant à un consortium de projet, c'est-à-dire l'imposition des bénéfices, redevances et intérêts dans le pays d'origine et dans le pays hôte. La date à laquelle l'impôt doit être acquitté et les retenues d'impôts peuvent également susciter des problèmes. Un certain nombre de pays ont conclu des accords bilatéraux, qui sont souvent fondés sur le Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE¹⁴, pour éliminer ou du moins réduire les effets négatifs d'une double imposition, et l'existence de tels accords entre le pays hôte et les pays d'origine des promoteurs du projet joue souvent un rôle dans leurs considérations fiscales.

39. En définitive, c'est l'effet cumulé de tous les impôts confondus qui doivent être pris en considération. Par exemple, il se peut que des impôts soient perçus à plusieurs niveaux de l'administration fiscale et que le partenaire privé, en sus de l'impôt prélevé par l'État, doive également payer des impôts municipaux ou provinciaux. Il existe parfois aussi des taxes autres que l'impôt sur le revenu qui doivent souvent être acquittées avant que le partenaire privé ne commence à toucher quelque recette que ce soit : impôts sur les ventes, parfois appelé impôt sur les chiffres d'affaires, taxes sur la valeur ajoutée, droits fonciers, droits de timbre et taxes à l'importation. Dans

¹⁴ Il est conseillé au lecteur de consulter le Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune élaboré par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), qui est régulièrement mis à jour par l'Organisation pour tenir compte de l'évolution du droit fiscal et de la pratique en matière de double imposition (<http://www.oecd.org/tax/treaties/>).

certains cas, des dispositions spéciales peuvent être prises pour exonérer, en tout ou en partie, le partenaire privé de ces paiements, dans le cadre des programmes d'aide à l'investissement.

10. Règles et pratiques en matière de comptabilité des sociétés

40. Le Guide examine, au chapitre II, les options budgétaires dont disposent les autorités publiques pour comptabiliser le coût des mesures d'appui fournies aux PPP (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 34). L'évaluation de la situation financière du partenaire privé est tout aussi importante dans le contexte des PPP. Dans plusieurs pays, la loi fait obligation aux sociétés de suivre des pratiques comptables normalisées internationalement acceptables et de recourir aux services de comptables professionnels ou de vérificateurs des comptes. L'adoption de pratiques normalisées doit notamment permettre d'assurer l'uniformité dans l'évaluation des entreprises. Elle peut aussi, pour la sélection du partenaire privé, faciliter l'évaluation de la solvabilité des soumissionnaires afin de déterminer s'ils répondent aux critères de présélection fixés par l'autorité contractante (voir chap. III, « Sélection du partenaire privé », par. [...]). Des pratiques comptables normalisées sont en outre indispensables pour la vérification des bénéfices des sociétés, ce qui peut être nécessaire pour l'application de structures tarifaires et le suivi de la performance du partenaire privé par l'organisme réglementaire (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]).

41. Des règles comptables spéciales pour les exploitants d'infrastructures ont également été introduites dans certains pays pour prendre en compte le profil de recettes particulier des projets d'infrastructure. Les projets portant sur la construction d'ouvrages, en particulier des routes et d'autres ouvrages de transport, se caractérisent généralement par une période d'investissement relativement courte marquée par un coût financier élevé et aucun flux de recettes, suivie d'une période plus longue marquée par des recettes croissantes et un coût financier décroissant et, en situation normale, des coûts d'exploitation stables. En conséquence, si l'on appliquait des règles comptables traditionnelles, la structure financière particulière de ces projets devrait être enregistrée dans les comptes de la société de projet comme une période de résultats négatifs permanents suivie d'une longue période de bénéfice net. Outre que cela aurait des conséquences négatives, par exemple sur la cote de crédit de la société de projet pendant la phase de construction, cela pourrait également se traduire par une dette fiscale disproportionnée pendant la phase d'exploitation du projet. Afin d'éviter un tel décalage, certains pays ont adopté des règles comptables spéciales pour les sociétés réalisant des projets d'infrastructure, qui prennent en compte le fait que les résultats financiers des projets de PPP peuvent ne devenir positifs qu'à moyen terme. Ces règles spéciales autorisent généralement les constructeurs d'infrastructures à reporter une partie du coût financier accumulé pendant la phase de déficit sur les exercices financiers subséquents, conformément aux calendriers financiers prévus dans l'accord de projet. Ces règles comptables spéciales, cependant, ne portent généralement pas préjudice à d'autres règlements qui peuvent interdire la distribution de dividendes pendant des exercices financiers clos sur des résultats négatifs.

11. Protection de l'environnement et PPP

42. La législation relative à la protection de l'environnement englobe des aspects extrêmement divers allant du traitement des déchets et des substances dangereuses à la réinstallation des populations déplacées par des projets d'aménagement de grande envergure. Les autorités publiques ont de plus en plus recours aux PPP pour mettre en place les installations nécessaires pour répondre à leurs objectifs en matière de protection de l'environnement et de développement durable (par exemple les installations et systèmes de traitement des eaux usées et des déchets, ou les générateurs d'énergie « propre »). Elles doivent toutefois aussi tenir compte des préoccupations d'ordre social et environnemental que ce genre de projets de grande envergure suscitent (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 18).

On admet depuis des années que les mesures de protection de l'environnement sont indispensables au développement durable, tel qu'il est consacré par les objectifs de développement durable (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. [...]). Les dispositions législatives relatives à la protection de l'environnement ont généralement un impact direct, à différents niveaux, sur la réalisation des projets d'infrastructure et les questions environnementales sont parmi les causes de litiges les plus fréquentes. Ces dispositions peuvent prévoir des obligations diverses : consentement de différentes autorités environnementales, attestation que l'entreprise n'a pas été précédemment condamnée pour des violations de la législation sur l'environnement, garantie de respect des normes environnementales, engagement de remédier aux dommages causés à l'environnement et règles de notification. Ces lois stipulent souvent que différentes activités sont soumises à autorisation préalable, cette règle pouvant être particulièrement rigoureuse pour certains types d'ouvrages d'infrastructure (par exemple, traitement des eaux usées, ramassage de déchets, transport d'électricité, routes et chemins de fer).

43. Il est donc souhaitable d'inclure dans la législation des mesures qui rendent transparentes les obligations découlant des lois sur la protection de l'environnement. Il est important de faire preuve du maximum de clarté possible dans les dispositions concernant les critères que peuvent appliquer les responsables de la protection de l'environnement, les obligations documentaires et autres auxquelles doivent satisfaire les demandeurs, les conditions dans lesquelles les autorisations sont délivrées et les circonstances qui justifient le refus ou le retrait d'une autorisation. Particulièrement importantes sont les dispositions garantissant l'accès du demandeur à des procédures d'appel et à des voies de recours judiciaire rapides, le cas échéant. Il peut également être indiqué, dans la mesure du possible, de s'assurer avant l'attribution définitive du marché que les conditions requises pour obtenir les autorisations requises sont réunies. Dans certains pays, des autorités publiques spéciales ou des groupes de défense peuvent avoir le droit d'engager une action en justice en vue de prévenir des atteintes à l'environnement, notamment en essayant de faire retirer une autorisation jugée incompatible avec les normes de protection en vigueur. Certains de ces pays ont jugé utile de faire participer des représentants du public à la procédure conduisant à la délivrance d'autorisations environnementales (voir aussi chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 17 et 18). Parfois, la législation stipule également les sanctions qui peuvent être imposées et précise les parties qui peuvent être tenues pour responsables des dommages causés à l'environnement.

44. L'adhésion aux traités relatifs à la protection de l'environnement peut contribuer à renforcer le régime international en la matière. Un grand nombre d'instruments internationaux ont été élaborés ces dernières décennies pour mettre en place des normes internationales communes. On citera notamment le programme Action 21¹⁵ et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement¹⁶, adoptés par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, en 1992, la Charte mondiale de la nature (résolution 37/7 de l'Assemblée générale, annexe), la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, la Convention de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière¹⁷ et la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux¹⁸. De même, on considère le développement du financement de l'action climatique, consécutif à l'entrée en vigueur de l'Accord de Paris, en 2016¹⁹,

¹⁵ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe II.

¹⁶ *Ibid.*, annexe I.

¹⁷ *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 1989, n° I-34028.

¹⁸ *Ibid.*, vol. 1936, n° I-33207.

¹⁹ Accord de Paris, 12 décembre 2015 (n° 54113). Cet Accord a été adopté à la vingt et unième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, qui s'est tenue à Paris du 30 novembre au 13 décembre 2015. Il a été publié sur le site

comme un moyen de remplir les objectifs fixés par chaque pays aux fins de la lutte contre le réchauffement climatique.

12. Droit relatif à la protection des consommateurs

45. L'accent toujours plus important mis sur l'intérêt général dans les PPP a des conséquences en ce qui concerne l'évaluation de la législation relative à la protection des consommateurs dans le pays hôte (voir chap. I, « Cadre législatif et institutionnel général », par. 6). Différents pays ont promulgué des dispositions législatives spéciales visant à protéger les consommateurs. Ces dispositions varient beaucoup d'un pays à un autre, aussi bien par la forme que par le fond. Néanmoins, elles prévoient souvent des mesures comme des délais favorables pour le dépôt de plaintes et les actions tendant à faire valoir des droits contractuels ; des règles spéciales d'interprétation des contrats dont les clauses ne sont généralement pas négociées avec le consommateur, parfois appelés contrats d'adhésion ; l'extension des périodes de garantie ; des droits spéciaux de résiliation du contrat ; l'accès à des instances de règlement simplifié des différends (voir aussi chap. VI, « Règlement des différends », par. [...]) ; ou d'autres mesures de protection. Les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur²⁰, qui ont été adoptés en 1985 sous les auspices du Conseil économique et social de l'ONU, puis revus à l'issue d'un processus de consultation mené par la CNUCED, peuvent utilement orienter les pays qui cherchent à améliorer leur cadre juridique relatif à la protection des consommateurs. Ainsi, les principes n° 76 (énergie) et n° 77 (services publics) sont particulièrement pertinents pour la mise en place de projets de PPP.

46. Du point de vue du partenaire privé, il importe de déterminer si la législation du pays hôte relative à la protection des consommateurs risque de l'empêcher, par exemple, de faire valoir son droit d'exiger le paiement des services fournis, de réviser ses prix ou de cesser de fournir des services à des clients qui contreviennent à des clauses essentielles de leur contrat ou à des conditions essentielles de la fourniture des services. C'est d'autant plus important dans le contexte des PPP concessifs, dans lesquels le partenaire privé perçoit des redevances auprès de l'utilisateur final, en plus des paiements qu'il reçoit de l'autorité publique (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 15).

13. Droit de l'insolvabilité

47. L'insolvabilité d'un exploitant d'ouvrage d'infrastructure ou d'un prestataire de services publics soulève un certain nombre de questions qui ont conduit divers pays à définir des règles spéciales pour faire face à cette situation, y compris des règles permettant à l'autorité contractante de prendre les mesures nécessaires pour assurer la continuité du projet (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. [...]). La continuité de la prestation des services peut être assurée au moyen d'un cadre juridique permettant, au moyen de procédures de restructuration ou de procédures semblables, de renflouer les entreprises en difficulté. Si une procédure de faillite devient inévitable, les créanciers garantis seront directement intéressés par les dispositions applicables aux créances assorties de sûretés, en particulier sur le point de savoir s'ils peuvent réaliser la sûreté malgré l'ouverture de la procédure de faillite, s'ils seront payés en priorité sur le produit de la sûreté et quel sera le rang de priorité de leurs créances. Comme indiqué plus haut, une proportion substantielle des dettes du partenaire privé revêt la forme de prêts privilégiés, les prêteurs exigeant que leurs créances soient réglées avant les créances subordonnées du partenaire privé (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. [...]). La mesure dans laquelle les prêteurs pourront faire reconnaître leur statut

Web de la Section des traités de l'Organisation des Nations Unies (https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280458f37&clang=_fr).

²⁰ La résolution y relative peut être consultée à l'adresse http://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ares70d186_fr.pdf, et les Principes directeurs sur la page <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/UN-Guidelines-on-Consumer-Protection.aspx>.

de créanciers privilégiés dépendra des règles et dispositions en vigueur dans le pays concernant la priorité des créanciers dans les procédures d'insolvabilité. La reconnaissance juridique de l'autonomie de la volonté des parties en ce qui concerne la subordination contractuelle de différentes catégories de prêts pourra, à cet égard, faciliter le financement de projets d'infrastructure.

48. La législation devra régler un certain nombre de questions, dont les suivantes : l'ordre de priorité des créanciers ; la relation entre l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers ; les mécanismes juridiques de restructuration du débiteur insolvable ; les règles spéciales visant à garantir la continuité du service public en cas d'insolvabilité du partenaire privé ; et l'annulation des transactions effectuées par le débiteur peu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité²¹ et les textes explicatifs²² constituent des outils utiles pour les États qui souhaitent moderniser leur régime d'insolvabilité.

49. Dans les grands projets d'infrastructure, l'insolvabilité de la société de projet affectera souvent des créanciers ou des avoirs situés dans plusieurs pays. Il sera donc souhaitable que le pays hôte ait des dispositions facilitant la coopération judiciaire, l'accès aux tribunaux des administrateurs d'insolvabilité étrangers et la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, avec le Guide pour l'incorporation et l'interprétation²³, qui est complétée par la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité et le Guide pour son incorporation²⁴, constitue un modèle approprié que peuvent utiliser les États souhaitant adopter une législation à cet effet.

14. Mesures anticorruption

50. Le climat des investissements et des affaires dans le pays hôte peut être amélioré aussi par l'adoption de mesures tendant à combattre la corruption dans l'attribution des marchés publics. Il est particulièrement important pour le pays hôte d'adopter des mesures efficaces et concrètes pour combattre la corruption active et les pratiques illicites connexes, et notamment de veiller à faire respecter les dispositions législatives existantes interdisant la corruption.

51. La promulgation de lois tendant à incorporer dans le droit interne les dispositions des accords internationaux et les normes d'intégrité applicables dans la gestion des affaires publiques peut beaucoup contribuer à assainir le climat des affaires. À cet égard, la Convention des Nations Unies contre la corruption²⁵ est le seul instrument universel contre la corruption qui soit juridiquement contraignant (voir chap. I « Cadre législatif et institutionnel général », par. 4). En vertu de la Convention, les États Parties sont tenus de conférer le caractère d'infraction pénale à

²¹ Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004), Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, Troisième partie : traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité (2010) et Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, Quatrième partie : obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité (2013) (tous disponibles à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency.html).

²² Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (2009) et Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge (tous deux disponibles à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency.html).

²³ Le texte officiel de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*, annexe I (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XXVIII, 1997, troisième partie, annexe I (Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.96.V.6)). La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation ont aussi été reproduits sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.14.V.2). L'Assemblée générale a recommandé aux États, dans sa résolution 52/158 du 15 décembre 1997, d'envisager favorablement la Loi type.

²⁴ Loi type sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité et Guide pour son incorporation (2018).

²⁵ Convention des Nations Unies contre la corruption, New York, 31 octobre 2003.

tout un ensemble d'actes de corruption, notamment de corruption active, si tel n'est pas encore le cas dans l'ordre législatif interne. Parmi les autres instruments importants, il convient de citer la Convention de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, négociée sous les auspices de l'Organisation de coopération et de développement économiques²⁶.

52. Par ailleurs, il est important que les règles relatives au fonctionnement des autorités contractantes et à la surveillance des marchés publics garantissent le degré requis de transparence et d'intégrité, notamment la publication des marchés attribués et des rapports d'évaluation des résultats. En l'absence de telles règles, des textes législatifs et réglementaires appropriés devraient être élaborés et adoptés. D'autres éléments à prendre en considération dans ce contexte sont la nécessité de veiller à la simplicité et à la cohérence des règles applicables et d'éliminer les procédures inutiles qui ne font que prolonger ou alourdir les procédures administratives.

C. Accords internationaux

53. En plus de la législation interne du pays hôte, les accords internationaux auxquels il est partie peuvent avoir un effet sur les PPP. Les incidences d'un certain nombre d'accords internationaux, outre ceux qui sont mentionnés dans l'ensemble du *Guide*, sont brièvement examinés ci-dessous.

1. Appartenance aux institutions financières internationales

54. L'appartenance à des institutions financières multilatérales comme la Banque mondiale, l'Association internationale de développement, la Société financière internationale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et les banques régionales de développement est nécessaire pour créer un environnement favorable aux PPP. Premièrement, le pays hôte doit habituellement être membre de ces institutions pour que les projets réalisés sur son territoire puissent bénéficier du financement et des garanties qu'elles offrent. Deuxièmement, les règles applicables aux instruments de financement et de garantie fournis par ces institutions contiennent habituellement toute une série de conditions qui intéressent directement celles de l'accord de projet et des accords de prêts négociés par le partenaire privé (par exemple, clause de non-nantissement d'avoirs du domaine public et fourniture de contre-garanties en faveur de l'institution financière multilatérale). Enfin, les institutions financières multilatérales poursuivent généralement un certain nombre d'objectifs généraux dont elles cherchent à assurer la réalisation dans le contexte des projets qu'elles appuient (par exemple, respect de normes environnementales internationalement convenues ; pérennité du projet au-delà de la période couverte par la concession initiale ; transparence et intégrité dans la sélection du partenaire privé et dans le décaissement des prêts).

2. Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges

55. Un certain nombre d'accords multilatéraux ont été négociés pour promouvoir le libre-échange au niveau mondial, les plus notables d'entre eux sous les auspices de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), puis de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ces accords peuvent comporter des dispositions générales sur la promotion et la facilitation des échanges de marchandises (par exemple, une clause de la nation la plus favorisée, l'interdiction de l'application de restrictions quantitatives et d'autres barrières commerciales discriminatoires) et sur la promotion de pratiques commerciales équitables (par exemple, interdiction du dumping et limites à l'utilisation de subventions). Certains accords spécifiques visent à supprimer les obstacles à la fourniture de services par

²⁶ <http://www.oecd.org/fr/corruption/conventionsurlaluttecontrelacorrupciondagentspublicsetrangersdanslesttransactionscommercialesinternationales.htm>.

des étrangers dans les États contractants ou à promouvoir la transparence et à éliminer la discrimination des fournisseurs dans les marchés publics. Ces accords peuvent être importants pour une législation nationale relative aux PPP qui envisage des restrictions à la participation de sociétés étrangères aux projets d'infrastructure ou établit des préférences pour les entités nationales ou pour l'achat de fournitures sur le marché local.

3. Accords internationaux sur des secteurs particuliers

56. Dans le contexte des négociations sur les télécommunications de base conclues dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), un certain nombre d'États membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), représentant la majorité du marché mondial des services de télécommunications, ont pris des engagements spécifiques pour faciliter les échanges de services de télécommunications. Il convient de noter que tous les États membres de l'OMC (même ceux qui n'ont pas pris d'engagements spécifiques en matière de télécommunications) sont liés par les règles générales de l'AGCS sur les services, y compris les obligations spécifiques traitant du traitement de la nation la plus favorisée, de la transparence, de la réglementation, des monopoles et des pratiques commerciales. L'accord de l'OMC sur les télécommunications ajoute des engagements propres à des secteurs et à des pays particuliers aux côtés des règles de l'AGCS. Ces engagements portent notamment sur l'ouverture de divers segments du marché, parmi lesquels la téléphonie vocale, la transmission de données et les services améliorés, ainsi que sur la concurrence et l'investissement étranger. Les législateurs des États membres actuels ou futurs de l'OMC devraient ainsi veiller à ce que la législation nationale relative aux télécommunications soit compatible avec l'AGCS et leurs engagements spécifiques en la matière.

57. Un autre accord sectoriel important au niveau international est le Traité sur la Charte de l'énergie conclu à Lisbonne le 17 décembre 1994 et entré en vigueur le 16 avril 1998, qui vise à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie. Ce traité prévoit diverses mesures commerciales comme le développement de marchés ouverts et concurrentiels pour les matières et produits énergétiques, la facilitation du transit et l'accès à la technologie énergétique ainsi que son transfert. Il vise en outre à éviter les distorsions de marché et les obstacles à l'activité économique dans le secteur énergétique et souligne l'importance de marchés ouverts de capitaux pour encourager les flux de capitaux destinés à financer les échanges de matières et de produits énergétiques. Il contient également des dispositions sur la promotion et la protection de l'investissement : les conditions équitables pour les investisseurs, le transfert des paiements afférents aux investissements, la compensation pour pertes dues à la guerre, aux troubles civils ou autres événements similaires, et la compensation en cas d'expropriation.