



Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE

A/CN.9/458/Add.6

4 mars 1999

FRANÇAIS

Original: ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente-deuxième session
Vienne, 17 mai-4 juin 1999

PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

Projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé

Rapport du Secrétaire général

Additif

CHAPITRE V. CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION	1-11	3
NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION-91	6	
A. Observations générales	1	6
B. Sous-traitance	2-4	6
C. Projets de construction	5-17	7
1. Examen et approbation des plans de construction	8-9	7
2. Modification des modalités du projet	10-13	8
3. Pouvoirs de surveillance de l'autorité contractante	14-17	9

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
D. Exploitation de l'infrastructure	18-46	10
1. Obligations générales des prestataires de services publics	20-30	10
2. Contrôle des prix	31-39	13
3. Obligation de divulgation	40-41	15
4. Normes de résultat	42-43	15
5. Pouvoirs conférés au concessionnaire pour faire respecter les obligations	44-46	16
E. Garanties de bonne fin et assurance	47-58	17
1. Types, fonctions et nature des garanties de bonne fin	48-49	17
2. Avantages et inconvénients des différents types de garantie de bonne fin	50-56	18
3. Mécanismes d'assurance	57-58	20
F. Changements de circonstances	59-68	20
1. Changements législatifs et réglementaires	60-63	20
2. Changements de la conjoncture économique	64-68	21
G. Clauses exonératoires	69-79	23
1. Définition des empêchements exonératoires	70-73	23
2. Conséquences pour les parties	74-79	24
H. Défaillance et recours	80-91	25
1. Considérations générales sur les défaillances et sur les recours	81-82	25
2. Droits d'intervention de l'autorité contractante	83-86	26
3. Droits d'intervention des prêteurs et transfert obligatoire de la concession	87-91	27

RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

1. Sous-traitance (voir par. 2 à 4)

1. Le pays hôte voudra peut-être prévoir:

a) Que le concessionnaire soit autorisé à conclure des contrats, au besoin, pour l'exécution de travaux publics ainsi que pour l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure. L'autorité contractante devrait être informée des noms et qualifications des sous-traitants engagés par le concessionnaire;

b) Que, sans préjudice de ce qui précède, l'autorité contractante puisse se réserver le droit d'examiner et d'approuver les contrats que le concessionnaire a conclus avec ses propres actionnaires ou associés. En principe, l'autorité contractante ne devrait pas refuser de donner son approbation, sauf si lesdits contrats contiennent des dispositions manifestement contraires à l'intérêt public ou aux règles impératives relevant du droit public.

2. Projets de construction (voir par. 5 à 17)

2. Le pays hôte voudra peut-être prévoir:

a) Que, le cas échéant, l'accord de projet détermine les procédures d'examen et d'approbation, par l'autorité contractante, des plans et spécifications de l'ouvrage;

b) Que l'accord de projet indique les circonstances précises dans lesquelles l'autorité contractante peut ordonner une modification des modalités de construction; l'indemnité devant, le cas échéant, être versée au concessionnaire afin de couvrir les dépenses supplémentaires occasionnées par une telle modification; les procédures permettant de vérifier le montant de ces dépenses et de les couvrir; ainsi que les circonstances et les montants en dehors desquels le concessionnaire ne devrait plus être tenu d'effectuer la modification;

c) Que l'autorité contractante puisse, au besoin, se réserver le droit de surveiller la construction de l'infrastructure ou les améliorations apportées à celle-ci afin de veiller au respect des normes techniques ayant reçu son agrément. Toute suspension du projet ordonnée par l'autorité contractante ne devrait pas excéder la durée nécessaire, compte tenu des circonstances à l'origine de la demande de suspension du projet;

d) Que les accords de projet établissent les procédures d'essai et d'inspection finale de l'ouvrage, de ses équipements et dépendances. Lorsque la loi exige que l'ouvrage reçoive l'agrément de l'autorité contractante, cet agrément ne devrait être refusé que si l'ouvrage s'avère incomplet ou défectueux.

3. Exploitation de l'infrastructure (voir par. 18 à 46)

3. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine, au besoin, l'étendue des obligations auxquelles doit satisfaire le concessionnaire pour assurer:

a) L'expansion du service afin de répondre à la demande de la communauté ou du territoire desservis;

b) La continuité du service, sauf lorsqu'il est impossible de fournir ce service en raison d'un empêchement exonératoire, comme prévu dans l'accord de projet;

c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques à tous les usagers, à l'exception de distinctions raisonnables entre les catégories d'usagers fondées sur des motifs objectifs, comme prévu dans l'accord de projet;

d) L'accès non discriminatoire, le cas échéant, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructure publique exploité par le concessionnaire, selon les conditions fixées dans l'accord de projet.

4. Si les prix pratiqués par le concessionnaire sont soumis à un contrôle externe assuré par un organisme réglementaire, le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine les mécanismes permettant de modifier périodiquement ou exceptionnellement les formules de révision des prix.

5. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine:

a) La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme réglementaire, selon le cas, des rapports et d'autres éléments d'information sur ses activités;

b) Les procédures permettant de contrôler les résultats du concessionnaire et de prendre les mesures raisonnables que l'autorité contractante jugera nécessaires pour faire en sorte que l'infrastructure soit correctement entretenue et que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables.

6. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante, le concessionnaire puisse édicter et appliquer des règles relatives à l'utilisation de l'infrastructure.

4. Garanties de bonne fin et assurance (voir par. 47 à 58)

7. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine:

a) La nature, la durée et le montant des garanties de bonne fin que le concessionnaire sera éventuellement tenu de fournir en rapport avec la construction et l'exploitation de l'infrastructure;

b) La nature et le montant des polices d'assurance que le concessionnaire sera éventuellement tenu de souscrire pour se couvrir contre les accidents du travail, les atteintes à l'environnement, les fautes engageant sa responsabilité civile envers le public et les employés, les dommages matériels ainsi que d'autres assurances pouvant être nécessaires pour permettre l'exploitation continue de l'infrastructure.

5. Changements de circonstances (voir par. 59 à 68)

8. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine les mécanismes permettant de revoir les conditions fixées dans celui-ci à la suite d'une modification de la législation ayant une incidence particulière sur le projet, sur une catégorie de projets similaires ou sur les projets d'infrastructure à financement privé en général, ou à la suite d'autres changements d'ordre économique ou financier qui, s'ils n'empêchent pas le concessionnaire de s'acquitter des obligations qu'il a souscrites, rendent le respect de ces obligations bien plus onéreux que prévu au départ.

6. Clauses exonératoires (voir par. 69 à 79)

9. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine les circonstances dans lesquelles l'une ou l'autre partie peut être exonérée de responsabilité si elle ne s'acquitte pas d'une quelconque obligation au titre de l'accord ou s'en acquitte avec retard en raison d'un événement échappant à son contrôle raisonnable qui l'empêche de respecter ses obligations et qu'elle n'a pas pu surmonter en exerçant la diligence voulue.

7. Défaillances et recours (voir par. 80 à 91)

10. Le pays hôte voudra peut-être prévoir que l'accord de projet détermine les recours dont peuvent se prévaloir l'autorité contractante et le concessionnaire en cas de défaillance de l'autre partie.

11. Le pays hôte voudra peut-être prévoir en particulier:

a) Que, si le concessionnaire manque gravement aux obligations qu'il a souscrites au titre de l'accord de projet, l'autorité contractante puisse reprendre provisoirement l'exploitation de l'infrastructure afin d'assurer la prestation efficace et ininterrompue du service;

b) Que l'autorité contractante puisse conclure avec les prêteurs des accords leur permettant de désigner un nouveau concessionnaire dans le cadre de l'accord de projet en vigueur si le concessionnaire manque gravement à l'obligation de fournir le service requis au titre de cet accord ou si surviennent d'autres événements donnés qui pourraient justifier la résiliation de l'accord de projet.

NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

A. Observations générales

1. Les conditions de construction et d'exploitation d'une infrastructure peuvent varier considérablement d'un projet à l'autre. Par conséquent, il n'est généralement pas souhaitable d'essayer de réglementer, au moyen d'une législation générale, tel ou tel aspect des droits et obligations mutuels du concessionnaire et de l'autorité contractante. Néanmoins, dans la plupart des projets d'infrastructure se poseront des problèmes sur lesquels devront probablement se pencher les organes législatifs. Par exemple, il faudrait peut-être conférer à l'autorité contractante des pouvoirs particuliers lui permettant de conclure les arrangements contractuels nécessaires pour traiter convenablement certains problèmes. En outre, les pouvoirs publics souhaiteront peut-être faire en sorte que certaines questions récurrentes liées à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé soient résolues de manière prévisible et cohérente.

B. Sous-traitance

2. En raison de la complexité des projets d'infrastructure, le concessionnaire s'assure généralement les services d'une ou plusieurs entreprises de construction qui exécutent en tout ou en partie les travaux dans le cadre de l'accord de projet. En outre, le concessionnaire souhaitera peut-être aussi s'assurer les services d'entrepreneurs expérimentés dans l'exploitation et la maintenance d'infrastructures pendant la phase d'exploitation du projet. Les lois de certains pays reconnaissent généralement au concessionnaire le droit de conclure les contrats nécessaires à l'exécution des travaux de construction. Une disposition législative reconnaissant au concessionnaire le droit de sous-traiter peut s'avérer particulièrement utile dans les pays où la possibilité pour les entrepreneurs publics de conclure des contrats de sous-traitance est restreinte.

3. Dans certains pays, la liberté dont jouit le concessionnaire pour engager des sous-traitants est limitée par des règles qui prescrivent le recours à des appels d'offres et à des procédures similaires pour l'octroi de contrats de sous-traitance par les prestataires de services publics. Ces dispositions législatives ont souvent été adoptées à une époque où les infrastructures étaient principalement ou exclusivement exploitées par l'État et où les investissements du secteur privé étaient peu importants, voire marginaux. Elles avaient pour but d'assurer une utilisation parcimonieuse, rationnelle, intègre et transparente des fonds publics. Toutefois, dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé, il n'existe probablement plus aucun motif impérieux d'intérêt public pour indiquer au concessionnaire la procédure à suivre en vue de l'octroi de contrats. Au contraire, ce type de disposition risque de décourager les investisseurs potentiels, étant donné que les promoteurs du projet comptent généralement parmi eux des sociétés d'ingénierie et des entreprises de construction qui participent au projet dans l'espoir de se voir attribuer les principaux contrats pour l'exécution des travaux de construction et autres.

4. La latitude dont dispose le concessionnaire pour sélectionner ses sous-traitants n'est pas illimitée pour autant. Dans certains pays, le concessionnaire doit indiquer, dans sa proposition, les entrepreneurs qui seront retenus et fournir des informations sur leurs compétences techniques et leur situation financière. D'autres pays soit exigent que ces éléments d'information soient communiqués lors de la conclusion de l'accord de projet, soit soumettent ce type de contrat à l'examen et à l'approbation préalables de l'autorité contractante. Ces dispositions visent à éviter d'éventuels conflits d'intérêt entre la société de projet et ses actionnaires, aspect qui, en principe, intéresse également les prêteurs, qui souhaiteront peut-être s'assurer que les entrepreneurs de la société de projet ne sont pas surpayés. En tout état de cause, si l'on juge nécessaire de conférer à l'autorité contractante le droit d'examiner et d'approuver les contrats de sous-traitance de la société de projet, l'accord de projet devra déterminer clairement le but de ces procédures d'examen et d'approbation ainsi que les circonstances dans lesquelles l'autorité contractante peut refuser de donner son approbation. En règle générale, aucun refus ne doit normalement être opposé sauf s'il apparaît que les contrats de sous-traitance contiennent des dispositions manifestement contraires à l'intérêt public (par exemple rémunération excessive des sous-traitants ou limitation abusive de la responsabilité) ou contraires aux règles

impératives relevant du droit public applicables à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé dans le pays hôte.

C. Projets de construction

5. Les lois et réglementations nationales relatives aux contrats traditionnels de travaux publics contiennent souvent des dispositions détaillées sur l'exécution des travaux et les procédures permettant de s'assurer que les entrepreneurs se conforment aux études et autres spécifications du projet. Les autorités passant un contrat pour la construction d'un ouvrage jouent généralement le rôle de l'employeur dans le cadre dudit contrat et exercent des droits de surveillance et d'inspection étendus, qu'il s'agisse du droit d'examiner le projet de construction et d'en demander la modification, de surveiller étroitement les travaux de construction et leur avancement par rapport au calendrier, d'inspecter et d'approuver officiellement l'ouvrage achevé et de donner l'autorisation finale d'exploitation.

6. À l'inverse, dans de nombreux projets d'infrastructure à financement privé, l'autorité contractante peut envisager une répartition différente des tâches entre le secteur public et le secteur privé. Au lieu d'assurer directement la gestion des différents aspects du projet, elle préférera probablement confier cette mission au concessionnaire en lui demandant d'assumer la pleine responsabilité de l'achèvement des travaux de construction dans les délais. Le concessionnaire souhaitera lui aussi que le projet soit achevé dans les temps et que les estimations de coût ne soient pas dépassées, et négociera en principe des contrats clefs en mains forfaitaires à délais fixes assortis de garanties de bonne fin fournies par les constructeurs. Par conséquent, s'agissant des projets d'infrastructure à financement privé, c'est le concessionnaire qui, dans l'essentiel, joue le rôle de l'employeur dans le cadre des contrats de construction.

7. Il s'ensuit que les lois et réglementations régissant les contrats traditionnels de travaux publics ne conviennent probablement pas toujours aux projets d'infrastructure à financement privé. C'est pourquoi, dans certains pays, les dispositions législatives concernant la construction d'infrastructures à financement privé se limitent à énoncer en termes généraux l'obligation qu'a le concessionnaire d'exécuter les travaux publics conformément aux dispositions de l'accord de projet et confèrent à l'autorité contractante le droit général de surveiller l'avancement des travaux afin de veiller au respect des dispositions dudit accord. Des dispositions plus détaillées sont ensuite élaborées dans le cadre de l'accord de projet.

1. Examen et approbation des plans de construction

8. Si l'on juge nécessaire de légiférer sur les projets de construction et les questions connexes, il est souhaitable de mettre au point des procédures tendant à éviter que les délais d'exécution et les coûts de construction ne dépassent les estimations et à réduire les risques de différends entre le concessionnaire et les autorités publiques concernées. Par exemple, lorsque les dispositions législatives exigent que l'autorité contractante examine et approuve le projet de construction, l'accord de projet devrait fixer un délai pour l'examen du projet de construction et disposer que ce dernier est considéré comme approuvé si l'autorité contractante n'a formulé aucune objection dans ce délai. Il serait également utile de préciser, dans l'accord de projet, les motifs (sécurité, défense, sûreté, protection de l'environnement ou non-respect des spécifications) pour lesquels l'autorité contractante peut soulever des objections ou demander la modification du projet.

9. On notera que, dans certains systèmes juridiques, la partie exerçant un contrôle absolu sur l'établissement des plans ou spécifications d'un projet de construction peut assumer une certaine part de responsabilité pour les défauts découlant des insuffisances des plans ou spécifications approuvés. Il peut donc être souhaitable de préciser dans l'accord de projet que l'autorité contractante n'assume aucune responsabilité à cet égard sauf si elle a elle-même fourni les plans et spécifications au départ (voir également chap. III, "Sélection du concessionnaire", ____).

2. Modification des modalités du projet

10. Pendant la construction d'une infrastructure, il n'est pas rare qu'il soit nécessaire, voire souhaitable, de modifier certains aspects de la construction. L'autorité contractante souhaitera donc peut-être conserver le droit d'ordonner la modification d'aspects comme l'étendue de la construction, les caractéristiques techniques des équipements ou matériaux à incorporer dans l'ouvrage ou encore les services liés à la construction qui sont requis compte tenu des spécifications. Ces changements sont appelés "modifications" dans le *Guide*. Au sens du *Guide*, le mot "modifications" ne désigne pas les ajustements ou révisions de tarifs et de prix découlant de la variation des coûts ou de la fluctuation des monnaies (voir par. 32 à 37). De même, la renégociation de l'accord de projet en cas d'importants changements de circonstances (voir par. 59 à 68) n'est pas considérée dans le *Guide* comme une modification.

11. Étant donné la complexité de la plupart des projets d'infrastructure, la nécessité de modifier les spécifications de l'ouvrage ou d'autres modalités du projet n'est pas à exclure. Toutefois, une telle modification retarde souvent l'exécution du projet ou la fourniture du service public; elle risque aussi de rendre l'exécution de l'accord de projet plus onéreuse pour le concessionnaire. En outre, les frais occasionnés par la réalisation de vastes modifications peuvent excéder la capacité financière du concessionnaire, ce qui exigera l'apport de fonds supplémentaires importants qu'il ne sera peut-être pas possible de se procurer à un coût acceptable. Aussi est-il souhaitable que l'autorité contractante envisage des mesures permettant de limiter la nécessité d'éventuelles modifications. La qualité des études de faisabilité réalisées par l'autorité contractante et des spécifications fournies pendant la procédure de sélection (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", ___) est un facteur essentiel si l'on veut éviter d'avoir à modifier ultérieurement le projet.

12. Il faudra donner au concessionnaire l'assurance qu'il n'assumera pas de frais ou une responsabilité supplémentaires en cas de retard dû à des modifications demandées par l'autorité contractante. Aussi est-il souhaitable d'exiger que l'accord de projet indique les circonstances précises dans lesquelles l'autorité contractante peut ordonner une modification des modalités de construction ainsi que l'indemnité devant, le cas échéant, être versée au concessionnaire pour couvrir les frais supplémentaires occasionnés par cette modification. L'accord de projet devrait également préciser dans quelle mesure le concessionnaire est tenu d'effectuer ces modifications, s'il peut s'y opposer et pour quels motifs. De plus, conformément à une pratique contractuelle courante dans certains systèmes juridiques, il serait souhaitable d'indiquer dans l'accord de projet que le concessionnaire sera dégagé de ses obligations si le montant des frais supplémentaires occasionnés par la modification dépasse un plafond donné.

13. À cet égard, plusieurs solutions d'ordre contractuel ont été appliquées dans des contrats de construction de grands ouvrages afin de déterminer dans quelle mesure l'entrepreneur est tenu d'effectuer des modifications et quels ajustements doivent être apportés au prix ou à la durée du contrat¹. Ces mêmes solutions peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* aux modifications demandées par l'autorité contractante dans le cadre de l'accord de projet. Il faut toutefois noter que, dans les concessions d'infrastructure, la société de projet est rémunérée sous la forme de droits versés par les usagers ou de montants perçus en échange de produits fournis par l'infrastructure et non sous la forme d'une somme globale pour les travaux de construction. C'est pourquoi les mécanismes d'indemnisation utilisés dans le cas des concessions d'infrastructure combinent parfois plusieurs éléments allant du versement de sommes forfaitaires à l'augmentation des tarifs en passant par l'extension de la période de concession. Par exemple, certaines modifications risquent d'entraîner des frais supplémentaires que le concessionnaire pourrait prendre à sa charge ou financer lui-même et amortir en ajustant les tarifs ou le mode de paiement selon le cas. Si le concessionnaire n'est pas en mesure de financer les modifications à lui seul, les parties souhaiteront peut-être envisager le versement de sommes forfaitaires au lieu de mettre en place une structure de refinancement coûteuse et complexe.

¹Pour un examen des approches et solutions possibles utilisées dans les contrats de construction d'installations industrielles complexes, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10), chap. XXIII, "Clauses de modification".

3. Pouvoirs de surveillance de l'autorité contractante

14. Dans certains systèmes juridiques, les organismes publics achetant des projets de construction se réservent habituellement le droit d'ordonner la suspension ou l'interruption des travaux pour des motifs d'intérêt public. Toutefois, afin de rassurer les investisseurs potentiels, il peut être utile de limiter la possibilité d'une telle intervention aux seules circonstances exceptionnelles et de stipuler que cette interruption ne doit pas dépasser la durée ou l'étendue nécessaire, compte tenu des circonstances ayant donné lieu à la demande de suspension ou d'interruption des travaux. Il peut également être utile de fixer une durée maximum de suspension et de prévoir l'indemnisation du concessionnaire pour toute suspension dépassant cette durée. En outre, des garanties peuvent être données pour assurer l'indemnisation du concessionnaire en cas de pertes occasionnées par la suspension du projet (voir également chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ___).

15. Les dispositions concernant l'inspection finale et l'approbation de l'ouvrage par l'autorité contractante peuvent revêtir une importance particulière au regard de la réglementation en matière de santé, de sécurité, de construction ou de travail. Elles peuvent également présenter de l'importance dans le cas d'installations soumises à un contrôle réglementaire (pour des raisons de sécurité ou d'autres raisons similaires) ou lorsque les pouvoirs publics sont directement ou résiduellement responsables envers le public des dommages ou blessures imputables à des défauts de construction de l'installation.

16. L'accord de projet devrait déterminer précisément quels seront la nature des essais d'achèvement ou de l'inspection dont l'ouvrage achevé fera l'objet; le calendrier de ces essais (par exemple, il pourrait être opportun d'entreprendre des essais partiels étalés dans le temps plutôt qu'un seul essai final); les conséquences à supporter en cas d'essai non concluant; et qui se chargera d'organiser les ressources utilisées pour les essais et de financer les dépenses correspondantes. L'approbation finale de l'ouvrage par l'autorité contractante est généralement une condition préalable à l'autorisation d'exploitation. Dans certains pays, on a jugé utile d'autoriser l'exploitation de l'installation à titre provisoire en attendant l'approbation finale de l'autorité contractante et de laisser au concessionnaire la possibilité de corriger les vices pouvant être découverts à ce stade. Lorsque les questions de réglementation ou de responsabilité ne sont pas la préoccupation immédiate de l'autorité contractante, celle-ci peut se contenter de demander au concessionnaire de réaliser lui-même ces essais et de garantir dûment que l'installation remplit toutes les conditions pour être exploitée.

17. S'agissant des projets exigeant la remise de l'installation et des actifs connexes à l'autorité contractante à l'issue de la période de concession (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___), tels que les projets "construction-exploitation-transfert" (CET) et d'autres projets similaires, ou lorsque l'exploitation est confiée à l'autorité contractante immédiatement après l'achèvement des travaux de construction, il importe de fixer dans l'accord de projet les conditions requises pour assurer la durabilité de l'installation en cours de construction au-delà de la période de concession. De même, l'autorité contractante doit être certaine qu'elle recevra tous les éléments nécessaires pour exploiter l'installation sur le long terme, en particulier les dessins, les registres et fichiers de maintenance tenus lorsque l'installation était exploitée par le concessionnaire ainsi que tout manuel d'exploitation et de maintenance mis au point. Il importe également de prévoir une formation adaptée pour le personnel de l'autorité contractante avant la remise définitive de l'installation.

D. Exploitation de l'infrastructure

18. Pendant la phase d'exploitation, le concessionnaire se charge d'exploiter et d'entretenir l'infrastructure ainsi que d'encaisser les recettes provenant des usagers. Les conditions d'exploitation et de maintenance de l'infrastructure ainsi que les normes de qualité et de sécurité sont souvent fixées dans la loi et énoncées de manière détaillée dans l'accord de projet. Dans les pays disposant d'une législation générale sur les concessions, la loi pourrait, par exemple, se limiter à décrire brièvement les principales obligations incombant aux prestataires de services publics et renvoyer à l'accord de projet. Lorsqu'une législation spécifique est nécessaire pour permettre à l'autorité

contractante de mener à bien certains types de projet, celle-ci prend la forme d'une loi qui fixe généralement les conditions d'exploitation et de maintenance des infrastructures concernées et que viennent compléter des dispositions plus détaillées énoncées dans des réglementations régissant le type d'infrastructure visé ainsi que dans l'accord de projet. Cette approche est commune à plusieurs systèmes juridiques. En outre, plus particulièrement dans les secteurs de l'électricité, de l'eau, de l'assainissement et des transports publics, l'autorité contractante ou un organisme réglementaire indépendant peut exercer une fonction de surveillance de l'exploitation de l'installation. Un examen approfondi des aspects juridiques relatifs aux conditions d'exploitation des infrastructures dépasserait le cadre du présent *Guide*. C'est pourquoi seuls quelques-uns des principaux aspects sont brièvement présentés dans les paragraphes qui suivent.

19. Les dispositions réglementaires concernant l'exploitation des infrastructures et les conditions fixées par la loi pour fournir des services publics répondent à plusieurs objectifs d'intérêt public. Étant donné la durée habituellement longue des projets d'infrastructure, ces dispositions et conditions risquent de devoir être modifiées pendant l'existence de l'accord de projet. Il ne faut toutefois pas oublier que le secteur privé a besoin d'un cadre réglementaire stable et prévisible. Modifier les réglementations ou introduire fréquemment des règles nouvelles et plus strictes risque d'entraver l'exécution du projet et d'en compromettre la viabilité financière. Par conséquent, si les parties peuvent conclure des arrangements contractuels pour parer aux effets préjudiciables de changements apportés ultérieurement aux réglementations (voir par. 60 à 63), les organismes réglementaires n'en ont pas moins tout intérêt à éviter d'adopter trop de réglementations ou de modifier trop fréquemment les règles en vigueur.

1. Obligations générales des prestataires de services publics

20. Dans plusieurs systèmes juridiques, les entités qui fournissent des services publics ont certaines obligations particulières envers leurs usagers ou clients ou envers d'autres prestataires de services publics. Les obligations les plus courantes sont examinées ci-après.

a) Extension des services

21. Dans certains systèmes juridiques, une entité qui, dans le cadre d'une concession publique, fournit certains services essentiels (par exemple de l'électricité ou de l'eau potable) à une collectivité ou à un territoire et à ses habitants est considérée comme souscrivant à l'obligation de disposer d'une installation raisonnablement adaptée pour satisfaire la demande de la collectivité ou du territoire en question. Cette obligation non seulement se rapporte à la demande initiale au moment où la concession a été accordée mais implique également la nécessité de tenir compte de la croissance de la collectivité ou du territoire desservi et de développer progressivement l'installation dans la mesure nécessaire pour répondre à la demande raisonnable de cette collectivité ou de ce territoire. Dans certains systèmes juridiques, l'obligation relève d'un devoir public qui peut être invoqué par tout membre de la collectivité ou résident du territoire concerné. Dans d'autres systèmes juridiques, il s'agit d'une obligation légale ou contractuelle que peuvent faire respecter l'autorité contractante ou un organisme réglementaire, selon le cas.

22. Cette obligation, lorsqu'elle existe, n'est ni absolue ni illimitée. Le devoir qu'a le concessionnaire de développer ses installations dépend, dans certains systèmes juridiques, de plusieurs facteurs tels que la nécessité et le coût d'une telle extension ainsi que les recettes que l'on compte en tirer; la situation financière du concessionnaire; l'intérêt public que présente l'extension; et l'étendue des obligations assumées à cet égard par le concessionnaire au titre de l'accord de projet. Dans certains systèmes juridiques, le concessionnaire peut être tenu de développer ses installations même si cette extension n'est pas rentable dans l'immédiat ou même si, du fait de l'extension, le territoire desservi par le concessionnaire risque à terme d'inclure des zones non rentables. Cette obligation est néanmoins soumise à certaines restrictions, puisque le concessionnaire n'est pas tenu de procéder à des extensions qui constituent une charge excessive pour lui ou ses clients. Suivant le cas, le coût des extensions peut être pris en charge par le concessionnaire, répercuté sur les clients ou utilisateurs finaux sous la forme d'augmentations de prix ou de charges exceptionnelles ou encore financé en tout ou en partie par l'autorité contractante ou par un autre

organisme public au moyen de subventions ou d'aides. Étant donné la diversité des facteurs devant éventuellement être pris en considération pour évaluer le caractère raisonnable d'une extension donnée, il est souhaitable d'exiger que l'accord de projet détermine les circonstances dans lesquelles le concessionnaire peut être contraint de développer ses installations de service ainsi que les méthodes appropriées permettant de financer les dépenses occasionnées par une telle extension.

b) *Continuité du service*

23. Les prestataires de services publics ont également pour obligation d'assurer la fourniture continue du service dans la plupart des circonstances, sauf lorsque surviennent des événements exonérateurs bien définis (voir également par. 70 à 73). Dans certains systèmes juridiques, il s'agit d'une obligation légale qui s'applique même lorsqu'elle n'est pas expressément stipulée dans l'accord de projet. Le corollaire de cette règle, dans les systèmes juridiques où elle existe, est que les différentes circonstances qui, conformément aux principes généraux du droit des contrats, pourraient autoriser l'une des parties au contrat à suspendre ou à interrompre l'exécution de ses obligations (difficultés économiques ou non-respect des obligations par l'autre partie) ne peuvent être invoquées par le concessionnaire pour suspendre ou interrompre, en tout ou en partie, la prestation d'un service public. Dans certains systèmes juridiques, l'autorité contractante peut même jouir de pouvoirs d'exécution spéciaux l'autorisant à obliger le concessionnaire à reprendre sa prestation en cas d'interruption illégale.

24. Cette obligation doit, elle aussi, revêtir un caractère raisonnable. Plusieurs systèmes juridiques reconnaissent au concessionnaire le droit de recevoir une juste indemnité s'il doit fournir ses services dans des situations difficiles (voir par. 74 à 79). En outre, dans certains systèmes juridiques, on considère qu'un prestataire de services publics peut ne pas être tenu de fournir ses services s'il encourt des pertes. Si le service public dans son ensemble, et pas seulement une ou plusieurs de ses branches ou encore un ou plusieurs territoires desservis par lui, n'est plus rentable, le concessionnaire peut prétendre à une indemnité directement versée par l'autorité contractante ou être habilité à résilier l'accord de projet. Or, la résiliation de l'accord exige en principe le consentement de l'autorité contractante ou une décision judiciaire. Il est donc souhaitable de préciser dans l'accord de projet quelles circonstances exceptionnelles justifieront la suspension du service, voire libéreront le concessionnaire des obligations qu'il a souscrites au titre de l'accord de projet (voir également chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___).

c) *Égalité de traitement des clients ou usagers*

25. Les entités fournissant certains services au grand public sont, dans certains systèmes juridiques, tenues d'accorder des conditions essentiellement identiques à tous les usagers et clients appartenant à la même catégorie. Ces systèmes juridiques acceptent toutefois les distinctions fondées sur une classification raisonnable et objective des clients et usagers à condition que les mêmes services soient fournis au même moment aux consommateurs et usagers exerçant les mêmes activités dans les mêmes circonstances. Il n'est donc probablement pas contraire au principe de l'égalité de traitement de pratiquer des prix ou d'offrir des conditions d'accès différents à différentes catégories d'usagers (par exemple, les particuliers d'une part et les entreprises et industries de l'autre), pourvu que cette distinction se fonde sur des critères objectifs et corresponde à des différences réelles dans la situation des consommateurs ou dans les conditions auxquelles leur sont fournis les services. Néanmoins, si les tarifs ou d'autres conditions peuvent varier compte tenu de réelles différences dans les services fournis (par exemple, tarification plus élevée pour les services fournis aux heures de pointe), ils doivent en principe le faire proportionnellement à ces différences.

26. Outre les distinctions établies par le concessionnaire lui-même, certains usagers ou clients peuvent bénéficier d'un traitement différent suite à l'intervention du législateur. Dans de nombreux pays, la loi exige que certains services soient fournis à des conditions particulièrement favorables à certaines catégories d'usagers et de clients (par exemple services de transports à prix réduits pour les écoliers ou les personnes âgées ou encore prix de l'eau ou de

l'électricité pour les usagers à faibles revenus ou vivant en zone rurale). Les prestataires de services publics peuvent compenser les charges ou coûts liés à ces services de plusieurs manières, notamment au moyen de subventions publiques, de fonds ou d'autres mécanismes officiels créés pour répartir la charge financière découlant de ces obligations entre tous les prestataires de services publics ou encore grâce à des subventions internes de type croisé provenant d'autres services rentables (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____).

d) Raccordement et accès aux réseaux d'infrastructure

27. Les sociétés exploitant des réseaux d'infrastructure dans des secteurs comme les transports ferroviaires, les télécommunications ou la distribution d'électricité ou de gaz sont parfois tenues d'autoriser d'autres sociétés à accéder à ces réseaux. Cette obligation peut être énoncée dans l'accord de projet ou dans des lois ou réglementations propres à chaque secteur. Des règles de raccordement et d'accès aux réseaux ont soit été introduites dans certains secteurs d'infrastructure afin de compléter les mesures de fragmentation verticale, soit été adoptées pour stimuler la concurrence dans des secteurs qui demeureraient pleinement ou partiellement intégrés (pour une brève analyse de la structure des marchés, voir ci-dessus "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", ____).

28. Les exploitants de réseaux sont souvent tenus d'offrir un accès à des conditions justes et non discriminatoires du point de vue tant financier que technique. Par non-discrimination, on entend que le nouvel entrant ou prestataire de services peut utiliser l'infrastructure de l'exploitant à des conditions au moins aussi favorables que ce dernier accorde à ses propres services ou à ceux des prestataires concurrents. Il est cependant à noter que de nombreux régimes d'accès aux pipelines, par exemple, n'imposent pas de conditions rigoureusement égales au transporteur et aux utilisateurs concurrents. L'obligation d'accès peut en quelque sorte être pondérée: elle peut, par exemple, se limiter à la capacité non utilisée ou être soumise à des conditions raisonnables plutôt qu'égales.

29. L'établissement des prix d'accès se fondant généralement sur les coûts d'utilisation, les organismes réglementaires souhaiteront conserver le droit de contrôler les prix d'accès afin de s'assurer qu'ils sont suffisamment élevés pour inciter à investir dans l'infrastructure nécessaire et suffisamment bas pour permettre aux nouveaux entrants de soutenir la concurrence dans des conditions équitables. Lorsque l'exploitant du réseau offre des services en concurrence avec d'autres prestataires, il peut s'avérer nécessaire de comptabiliser ses activités à part afin de déterminer le coût réel de l'utilisation, par les tierces parties, du réseau ou d'éléments de ce dernier.

30. Les conditions techniques d'accès peuvent également être déterminantes et il peut être demandé aux exploitants d'adapter leur réseau pour satisfaire aux demandes d'accès des nouveaux entrants. L'accès peut être accordé à l'ensemble du réseau ou à des éléments ou segments monopolistes de ce dernier (également appelés, parfois, installations engorgées ou essentielles). De nombreux États autorisent les prestataires de services à construire leur propre infrastructure ou à utiliser, lorsqu'elle existe, une infrastructure de substitution. Dans ce cas, le prestataire de services peut n'avoir besoin d'accéder qu'à une petite partie du réseau et ne peut pas, selon de nombreuses réglementations, être contraint de payer davantage que le coût correspondant à l'utilisation de l'installation précise dont il a besoin, qu'il s'agisse d'un circuit local de télécommunications, de la capacité de transmission pour la distribution d'électricité ou de l'utilisation d'un tronçon de voie ferrée.

2. Contrôle des prix

31. Si, dans certains cas, le concessionnaire est libre de déterminer sa politique tarifaire et commerciale, les prix qu'il pratique sont souvent soumis, dans la législation nationale, à un mécanisme de contrôle. De nombreux pays ont choisi de n'énoncer dans leur législation que les principes généraux d'établissement des prix, ces principes étant ensuite appliqués par l'organisme réglementaire concerné et repris dans les conditions fixées dans les licences ou concessions. Lorsque des mesures de contrôle sont appliquées, la loi exige habituellement que la formule utilisée soit indiquée dans la sollicitation de propositions et incorporée dans l'accord de projet. Les mécanismes de contrôle

des prix s'appuient généralement sur des formules d'ajustement des prix assorties de mesures de contrôle permettant de vérifier l'application desdites formules.

a) *Méthodes de contrôle des prix*

32. Les méthodes de contrôle des prix les plus couramment utilisées dans les législations nationales sont la méthode du taux de rendement et celle du plafonnement des prix, à quoi s'ajoutent des systèmes hybrides combinant des éléments empruntés à ces deux méthodes. Ces différents mécanismes sont brièvement présentés ci-dessous.

i) *Méthode du taux de rendement*

33. La méthode du taux de rendement est un mécanisme d'ajustement des prix conçu de manière à autoriser le concessionnaire à tirer un rendement donné de ses investissements, généralement exprimé en pourcentage et représentant une moyenne pondérée du coût de la dette et du coût des fonds propres. Les tarifs pour une période donnée sont fixés en fonction des recettes globales que le concessionnaire doit tirer pour exploiter l'infrastructure, ce qui exige de déterminer ses dépenses, les investissements réalisés pour fournir les services et le taux de rendement autorisé. Les tarifs sont revus périodiquement, parfois lorsque l'autorité contractante ou d'autres parties intéressées considèrent que les prix pratiqués génèrent plus ou moins de recettes qu'il n'en faut pour exploiter l'infrastructure. À cette fin, l'autorité contractante vérifie les dépenses liées à l'infrastructure, détermine dans quelle mesure les investissements réalisés par le concessionnaire peuvent être inclus dans la base tarifaire et calcule les recettes devant être générées pour couvrir les dépenses admissibles et atteindre le taux de rendement convenu.

34. La méthode du taux de rendement requiert d'importants volumes d'informations et de longues négociations (concernant, par exemple, les dépenses admissibles et la répartition des coûts). Elle s'avère très rassurante pour les exploitants d'infrastructures, puisque le concessionnaire est certain que les tarifs pratiqués seront suffisants pour couvrir ses dépenses d'exploitation et atteindre le taux de rendement convenu. Étant donné que les prix sont ajustés régulièrement, ce qui permet au concessionnaire d'obtenir un taux de rendement pratiquement constant, les investissements dans les sociétés prestataires de services publics ne sont guère exposés au risque de marché. De ce fait, les coûts d'investissement sont habituellement plus bas. La méthode du taux de rendement peut présenter un inconvénient, à savoir qu'elle n'incite guère les exploitants d'infrastructures à réduire au minimum leurs dépenses, qu'ils sont certains de recouvrer grâce aux ajustements de tarifs. Toutefois, elle peut être quelque peu incitative si les tarifs ne sont pas ajustés immédiatement ou si l'ajustement n'est pas rétroactif.

ii) *Méthode du plafonnement des prix*

35. La méthode du plafonnement des prix consiste à fixer un barème de prix pour une période donnée (par exemple quatre ou cinq ans) compte tenu de l'inflation future et des gains d'efficacité que l'on attend de l'infrastructure. Les prix peuvent fluctuer dans les limites fixées par le barème. Dans certains pays, ce barème est une moyenne pondérée de différents indices, alors que dans d'autres il s'agit d'un indice des prix à la consommation minoré d'un facteur de productivité. Lorsque de nouveaux investissements importants sont nécessaires, le barème peut inclure un élément additionnel visant à couvrir ces dépenses supplémentaires. Le barème peut s'appliquer à tous les services offerts par la société ou à certains paniers de services seulement, et différents barèmes peuvent être utilisés pour différents paniers. Le réajustement périodique du barème se fonde toutefois sur des calculs de type taux de rendement, qui exigent la fourniture de renseignements aussi détaillés que ceux évoqués plus haut, bien qu'à une moindre fréquence.

36. La méthode du plafonnement des prix est probablement moins complexe à appliquer que celle du taux de rendement. Elle est plus stimulante pour les prestataires de services publics, car le concessionnaire conserve les bénéfices réalisés en raison de dépenses plus faibles que prévu jusqu'à la prochaine période d'ajustement. Parallèlement, toutefois, les prestataires de services publics sont généralement exposés à davantage de risques

qu'avec la méthode du taux de rendement. En particulier, le concessionnaire encourt des pertes si les dépenses se révèlent plus élevées que prévu, étant donné qu'il ne peut pas relever ses prix avant le prochain ajustement. La prise de risques étant plus élevée, les coûts d'investissement le sont aussi. Si les rendements de la société de projet ne peuvent pas augmenter, il peut alors être difficile d'attirer de nouveaux investissements. En outre, la société peut être tentée d'abaisser la qualité du service fourni afin de réduire les coûts.

iii) Méthodes hybrides

37. De nombreux mécanismes d'ajustement tarifaire actuellement utilisés combinent des éléments empruntés à la fois à la méthode du taux de rendement et à celle du plafonnement des prix, le but étant de réduire les risques encourus par les prestataires de services et d'inciter suffisamment ceux-ci à exploiter l'infrastructure avec efficacité. L'une de ces méthodes hybrides se fonde sur des échelles mobiles permettant de relever les tarifs lorsque le taux de rendement tombe en deçà d'un certain seuil et de les abaisser lorsque ce taux dépasse un certain plafond, aucun ajustement n'étant effectué lorsque le taux de rendement se situe entre ces deux limites. L'autorité contractante peut par ailleurs examiner les investissements réalisés par le concessionnaire pour s'assurer qu'ils satisfont aux critères d'utilité de manière à les prendre en considération lors du calcul des recettes devant être tirées par le concessionnaire. Une autre méthode d'ajustement pouvant être utilisée pour fixer les prix, ou plus généralement pour surveiller le niveau des prix, est la fixation des prix par rapport à une valeur de référence ou étalon. En comparant les différents éléments de coût d'un prestataire de services publics à ceux d'un autre prestataire ainsi qu'aux normes internationales, l'autorité contractante peut être en mesure de déterminer si les ajustements tarifaires demandés par le prestataire de services publics sont raisonnables ou non.

b) Considérations de politique générale

38. Chacune des principales méthodes d'ajustement tarifaire examinée ci-dessus présente ses avantages et ses inconvénients dont les organes législatifs doivent tenir compte pour déterminer les mécanismes de contrôle des prix se prêtant le mieux à la situation du pays. Des méthodes différentes peuvent également être utilisées pour différents secteurs d'infrastructure. Certaines lois autorisent en effet l'autorité contractante à appliquer soit la méthode des prix fixes, soit celle du taux de rendement dans la procédure de sélection des concessionnaires selon l'importance et la nature des investissements et des services. Quel que soit le mécanisme choisi, il importe d'examiner attentivement si l'autorité contractante peut vérifier dûment que le concessionnaire s'acquitte de ses obligations et appliquer correctement la méthode d'ajustement (voir également chap. premier, "Considérations générales sur la législation", ____).

39. Il ne faut pas perdre de vue que les formules d'ajustement des prix ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes, car les techniques, les taux de change, les salaires, la productivité et d'autres facteurs évoluent inévitablement de façon importante, voire parfois imprévisible, sur une période donnée. C'est pourquoi de nombreux pays ont établi des mécanismes de révision des formules permettant une révision périodique (par exemple tous les quatre ou cinq ans) ou une révision au coup par coup s'il est avéré que la formule ne permet pas d'assurer une rémunération adéquate au concessionnaire (voir également par. 59 à 68). Le système tarifaire devra également être suffisamment stable et prévisible pour que les prestataires de services publics et les usagers puissent planifier leur activité en conséquence et que le financement soit fonction des recettes prévisibles. Les investisseurs et les prêteurs craindront plus particulièrement que des modifications apportées aux réglementations n'aient une incidence sur la méthode d'ajustement des prix. C'est pourquoi ils demandent habituellement que la formule d'ajustement soit incorporée à l'accord de projet.

3. Obligation de divulgation

40. De nombreuses législations nationales obligent les prestataires de services publics à fournir aux organismes réglementaires des renseignements précis et actualisés sur leur fonctionnement et confèrent à ces mêmes organismes

des droits spécifiques leur permettant de faire respecter cette obligation, tels que le droit de procéder à des enquêtes et à des audits, en particulier à une vérification détaillée des résultats et à des enquêtes de conformité, d'imposer des sanctions aux sociétés qui refusent de coopérer et de prononcer des injonctions ou d'infliger des pénalités pour contraindre les sociétés à communiquer les renseignements requis.

41. Les prestataires de services publics ont généralement l'obligation de tenir à jour et de communiquer à l'organisme réglemantaire leurs comptes et états financiers ainsi que de tenir une comptabilité détaillée permettant à cet organisme de suivre les différents aspects de leur activité séparément. Il peut aussi être nécessaire de surveiller de près les transactions financières entre la société concessionnaire et ses filiales, car celle-ci peut tenter de transférer des bénéfices vers des entreprises non réglementées ou vers des filiales étrangères. Il peut également être fait obligation aux exploitants d'infrastructures de rendre compte dans le détail de leurs moyens techniques et de leurs résultats. Toutefois, il importe, en règle générale, d'imposer des limites raisonnables à la portée et à la nature des renseignements demandés aux exploitants d'infrastructures. En outre, il faudrait prendre des mesures appropriées pour préserver le secret de toute information confidentielle que la société concessionnaire et ses filiales pourraient fournir à l'organisme réglemantaire.

4. Normes de résultat

42. Les prestataires de services publics doivent généralement satisfaire à un ensemble de normes techniques et de normes de service. Ces normes sont, dans la plupart des cas, trop détaillées pour figurer dans la législation et peuvent être incluses dans des décrets d'application, des réglementations ou d'autres instruments. Les normes de service sont souvent décrites avec beaucoup de précision dans l'accord de projet. Il s'agit notamment de normes de qualité, telles que des critères de pureté et de pression de l'eau; de plafonds concernant les délais de réparation ou le nombre de défauts ou de plaintes; de l'obligation pour les services de transport de respecter les horaires; de l'exigence de continuité de l'approvisionnement; ainsi que de normes relatives à la santé, à la sécurité et à l'environnement. La législation peut toutefois énoncer les principes de base qui orienteront la rédaction de normes détaillées ou exiger l'application de normes internationales.

43. L'autorité contractante se réserve généralement le droit de vérifier que la société de projet satisfait aux normes de résultat fixées par voie réglementaire. Le concessionnaire souhaitera éviter autant que possible toute interruption dans le fonctionnement de l'infrastructure et se prémunir contre les conséquences d'une telle interruption. Il voudra être certain que l'exercice de pouvoirs de surveillance ou de réglementation par l'autorité contractante ne perturbera ni n'interrompra indûment le fonctionnement de l'infrastructure et ne lui occasionnera pas de frais supplémentaires excessifs.

5. Pouvoirs conférés au concessionnaire pour faire respecter les obligations

44. Les organismes publics sont généralement investis de pouvoirs destinés à faciliter la fourniture du service et à faire en sorte que les usagers observent les règles et réglementations pertinentes. Il peut s'agir par exemple du droit d'édicter des règles de sécurité ou de veiller au respect de ces règles et du droit de suspendre la fourniture du service en cas d'urgence ou pour des raisons de sécurité. Ces pouvoirs découlent généralement du pouvoir général de l'État et, dans certains systèmes juridiques, sont inhérents à la puissance publique.

45. Dans les pays où l'octroi de concessions pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, le concessionnaire peut être investi des pouvoirs nécessaires qui lui sont délégués par l'État. L'étendue des pouvoirs ainsi délégués étant généralement définie dans l'accord de projet, il n'est pas nécessaire de la déterminer avec précision dans la législation. Toutefois, il peut être utile d'indiquer dans la loi que le concessionnaire est autorisé à édicter des règles régissant l'utilisation de l'infrastructure par le public et à prendre des mesures raisonnables pour s'assurer que le public observe ces règles. Il serait souhaitable de prévoir que ces règles doivent prendre effet sur approbation de l'organisme réglemantaire ou de l'autorité contractante, selon le cas. Le droit d'approuver les règles

de fonctionnement proposées par le concessionnaire ne devrait toutefois pas être discrétionnaire et le concessionnaire devrait être habilité à faire appel d'une décision rejetant les règles ainsi proposées (voir chap. premier, "Considérations générales sur la législation", ____).

46. Il importe particulièrement au concessionnaire de savoir si la fourniture du service peut être interrompue en cas de défaillance ou de non-respect des obligations de la part des usagers. Bien que le concessionnaire soit généralement tenu d'assurer la continuité du service (voir par. 23 et 24), de nombreux systèmes juridiques reconnaissent aux entités fournissant des services publics le droit d'édicter et de faire appliquer des règles prévoyant l'interruption du service si un consommateur ou usager omet de payer ou enfreint gravement les conditions d'utilisation. Ce droit est souvent jugé indispensable pour prévenir les abus et garantir la viabilité économique du service. Toutefois, étant donné le caractère essentiel de certains services publics, l'exercice de ce droit peut être soumis à l'autorisation des organes législatifs dans certains systèmes juridiques. Il peut également être soumis à un certain nombre de restrictions ou conditions expresses ou implicites, telles que l'obligation de notification préalable et la possibilité pour les consommateurs d'exercer des recours. D'autres restrictions et conditions peuvent découler de l'application des règles générales de protection des consommateurs (voir chap. VII, "Droit applicable", ____).

E. Garanties de bonne fin et assurance

47. Les obligations du concessionnaire sont généralement complétées par l'offre d'une forme quelconque de garantie de bonne fin en cas de défaillance et d'assurance contre un certain nombre de risques. La législation de certains pays exige généralement que des garanties de bonne fin suffisantes soient données par le concessionnaire et renvoient, pour les détails, la question à l'accord de projet. Dans d'autres pays, la législation comprend des dispositions plus détaillées, exigeant par exemple l'offre d'un certain type de garantie jusqu'à un certain pourcentage de l'investissement de base.

1. Types, fonctions et nature des garanties de bonne fin

48. Les garanties de bonne fin sont généralement de deux types. Dans le premier – la garantie de bonne fin monétaire –, le garant s'engage uniquement à verser à l'autorité contractante des fonds jusqu'à une certaine hauteur pour liquider les responsabilités du concessionnaire dans l'éventualité d'une défaillance de ce dernier. Les garanties de bonne fin monétaires peuvent prendre la forme d'une obligation contractuelle, d'une lettre de crédit "stand-by" ou d'une garantie à première demande. Dans l'autre type de garantie, la garantie de bonne exécution, le garant choisit l'une de deux options: a) rectifier une construction défectueuse ou achever une construction incomplète lui-même; ou b) obtenir qu'un autre entrepreneur rectifie une construction défectueuse ou achève une construction incomplète ou compense l'autorité contractante pour les pertes causées par la défaillance. La valeur d'un tel engagement se limite à un montant spécifié ou à un certain pourcentage de la valeur du contrat. Dans le cadre d'une garantie de bonne exécution, le garant se réserve fréquemment, par ailleurs, la possibilité de s'acquitter de ses obligations uniquement par le versement d'une somme d'argent à l'autorité contractante. Les garanties de bonne exécution sont généralement accordées par des organismes spécialisés tels que des compagnies de garantie et d'assurance. Un type particulier de garantie de bonne exécution est la garantie de maintenance, qui prémunit l'autorité contractante contre des défaillances futures qui pourraient survenir pendant la période de démarrage ou de maintenance et sert à garantir que tout travail de réparation ou de maintenance pendant la période de garantie suivant l'achèvement sera dûment effectué par le concessionnaire.

49. S'agissant de leur nature, les garanties de bonne fin peuvent être généralement classées en garanties indépendantes et garanties accessoires. Une garantie est dite "indépendante" si l'obligation du garant est indépendante des obligations contractées par le concessionnaire au titre de l'accord de projet. En vertu d'une garantie indépendante (souvent appelée garantie à première demande) ou d'une lettre de crédit "stand-by", le garant ou émetteur est tenu d'effectuer un versement à la demande du bénéficiaire, ce dernier étant habilité à faire valoir son droit de recouvrement en vertu de l'instrument s'il présente le ou les documents stipulé(s) dans les conditions de la

garantie ou de la lettre de crédit “stand-by”. Ce document peut être simplement une déclaration du bénéficiaire selon laquelle l’entrepreneur a fait défaut. Le garant ou émetteur n’est pas autorisé à retenir le versement au motif qu’il n’y a eu, en fait, aucune défaillance au titre du contrat principal; cependant, en vertu du droit applicable à l’instrument, le versement peut être, dans des circonstances très exceptionnelles et très étroitement définies, refusé ou retenu (lorsque la réclamation du bénéficiaire est manifestement frauduleuse, par exemple). Par opposition, une garantie est accessoire lorsque l’obligation du garant nécessite davantage que le simple examen d’une demande documentée de versement, en ce que le garant peut avoir à évaluer les preuves de responsabilité de l’entrepreneur pour une défaillance au titre du contrat de travail. La nature du lien peut varier selon les garanties et peut comprendre la nécessité de prouver la responsabilité de l’entrepreneur dans le cadre de procédures d’arbitrage. Par leur nature, les garanties de bonne exécution ont un caractère accessoire au contrat sous-jacent.

2. Avantages et inconvénients des différents types de garantie de bonne fin

50. Du point de vue de l’autorité contractante, les garanties de bonne fin monétaires peuvent être particulièrement utiles pour couvrir les coûts supplémentaires pouvant être encourus par l’autorité contractante en cas de retard ou de défaillance du concessionnaire. Les garanties de bonne fin monétaires peuvent également servir à inciter le concessionnaire à achever la construction dans les temps et à s’acquitter de ses autres obligations conformément aux dispositions de l’accord de projet. Cependant, le montant de ces garanties ne représente généralement qu’une fraction de la valeur économique de l’obligation garantie et n’est généralement pas suffisant pour couvrir le coût de l’exécution des travaux par une tierce partie en lieu et place du concessionnaire ou de ses entrepreneurs.

51. Du point de vue de l’autorité contractante, une garantie à première demande présente l’avantage d’assurer un recouvrement rapide des fonds couverts par la garantie sans que l’on ait à prouver la défaillance de l’entrepreneur ni l’ampleur de la perte du bénéficiaire. De surcroît, les garants offrant des garanties de bonne fin monétaires, en particulier les banques, préfèrent des garanties à première demande, car les conditions de mise en jeu de leur obligation de payer sont clairement définies. Ils ne seront donc pas impliqués dans des différends entre l’autorité contractante et le concessionnaire quant à savoir si oui ou non il y a eu défaillance au titre de l’accord de projet. Un autre avantage, pour une banque émettant une garantie à première demande, est la possibilité d’un recouvrement rapide et efficace des sommes versées au titre d’une garantie à première demande par accès direct aux biens du concessionnaire.

52. L’un des inconvénients, pour l’autorité contractante, d’une garantie à première demande ou d’une lettre de crédit “stand-by” est que ces instruments peuvent majorer le coût total du projet, le concessionnaire étant généralement obligé d’obtenir et de constituer d’importantes contre-garanties en faveur des institutions émettant la garantie à première demande ou la lettre de crédit “stand-by”. Par ailleurs, un concessionnaire qui accorde une telle garantie peut souhaiter s’assurer contre le risque d’un recouvrement par l’autorité contractante en vertu de la garantie ou de la lettre de crédit “stand-by” alors qu’il n’y a eu, en fait, aucune défaillance du concessionnaire. Or, le coût de cette assurance est inclus dans le coût du projet. Le concessionnaire peut également inclure dans le coût du projet le coût potentiel de toute action qu’il peut avoir à intenter contre l’autorité contractante pour obtenir le remboursement de la somme injustement réclamée. En outre, dans la mesure où l’autorité contractante peut obtenir la somme payable en vertu de la garantie ou de la lettre de crédit “stand-by” sur la simple déclaration que le concessionnaire a fait défaut, le concessionnaire peut souhaiter fixer la somme payable à un faible pourcentage du coût du projet et limiter ainsi la perte qu’il peut subir du fait d’avoir à rembourser le garant en cas de réclamation de l’autorité contractante lorsqu’il n’y a eu aucune défaillance.

53. L’un des inconvénients, pour le concessionnaire, d’une garantie à première demande ou d’une lettre de crédit “stand-by” est que, s’il y a recouvrement par l’autorité contractante alors qu’il n’y a eu aucune défaillance du concessionnaire, ce dernier peut subir une perte immédiate si le garant ou l’émetteur de la lettre de crédit se rembourse sur les avoirs du concessionnaire après paiement à l’autorité contractante. Le concessionnaire peut également éprouver des difficultés à recouvrer auprès de l’autorité contractante la somme injustement réclamée.

54. Une garantie accessoire exige généralement du bénéficiaire qu'il prouve la défaillance de l'entrepreneur et l'ampleur de la perte subie par le bénéficiaire. De plus, les moyens de défense dont dispose le débiteur, s'il est poursuivi en justice pour défaillance, sont les mêmes que ceux du garant. En conséquence, l'autorité contractante risque de faire face à un différend prolongé si elle émet une réclamation au titre de la garantie. Cependant, à l'image du risque moindre supporté par le garant, qui reflète également le coût plus faible d'une garantie accessoire, la limite monétaire de responsabilité du garant peut être considérablement plus élevée qu'en vertu d'une garantie à première demande et couvrir ainsi un pourcentage plus important des travaux d'exécution prévus dans l'accord de projet. Une garantie de bonne exécution peut également être avantageuse si l'autorité contractante est dans l'impossibilité de faire facilement rectifier les défauts ou d'achever la construction elle-même et a besoin de l'assistance d'une tierce partie pour faire rectifier les défauts ou achever les travaux. Lorsque, cependant, la construction nécessite de recourir à une technologie connue du seul concessionnaire, la rectification des défauts ou l'achèvement des travaux par une tierce personne peut ne pas être envisageable. Dans ce cas, une garantie de bonne exécution peut ne pas présenter le dernier avantage mentionné par rapport à une garantie de bonne fin monétaire. Pour le concessionnaire, les garanties accessoires ont l'avantage de préserver sa capacité d'emprunt car les garanties accessoires, à la différence des garanties à première demande et des lettres de crédit "stand-by", n'affectent pas la ligne de crédit qui lui a été accordée par les prêteurs.

55. Il découle de ce qui précède que différents types de garantie peuvent être utiles en fonction des obligations assumées par le concessionnaire. S'il est utile d'exiger du concessionnaire qu'il fournisse des garanties suffisantes de bonne fin, il est également conseillé de laisser aux parties le soin de déterminer la mesure dans laquelle des garanties sont nécessaires et quelles garanties devraient être fournies en fonction des obligations assumées par le concessionnaire plutôt que d'exiger la présence, dans la législation, d'une seule forme de garantie à l'exclusion d'autres. On notera que la société de projet elle-même exigera de ses entrepreneurs qu'ils lui fournissent plusieurs garanties de bonne fin (voir par. 6) et que des garanties supplémentaires au profit de l'autorité contractante majorent généralement le coût global et la complexité d'un projet. Dans certains pays, les orientations pratiques données aux autorités contractantes nationales leur conseillent d'examiner soigneusement si et dans quelles circonstances ces garanties sont nécessaires, quels risques spécifiques ou pertes elles devraient couvrir et quel type de garantie convient le mieux à chaque cas. L'aptitude de la société de projet à obtenir des financements pour le projet peut être compromise par des contraintes de garantie excessives.

56. Un problème particulier des projets d'infrastructure à financement privé a trait à la durée de la garantie. L'autorité contractante peut avoir intérêt à obtenir des garanties de bonne fin qui demeurent valables pendant la durée entière du projet, couvrant à la fois la phase de construction et celle d'exploitation. Cependant, étant donné la longue durée des projets d'infrastructure et la difficulté d'évaluer les divers risques qui peuvent survenir, il peut être difficile pour le garant d'émettre une garantie de bonne exécution pour la durée totale du projet ou de réassurer les obligations qu'il a contractées à ce titre. Dans la pratique, ce problème est exacerbé par la stipulation selon laquelle le non-renouvellement d'une garantie de bonne exécution constitue un motif d'appel de la garantie, de sorte que le fait de permettre à la société de projet de ne fournir que des garanties pour des périodes plus courtes peut ne pas être une solution satisfaisante. Une solution possible, utilisée dans certains pays, consiste à exiger des garanties distinctes pour la phase de construction et pour la phase d'exploitation, ce qui permet une meilleure évaluation des risques et offre de meilleures perspectives de réassurance. Un tel système peut être amélioré en définissant précisément le risque à couvrir pendant la période d'exploitation, ce qui permet de mieux évaluer les risques et de réduire le montant total de la garantie. Une autre possibilité envisageable par l'autorité contractante peut consister à exiger la fourniture de garanties de bonne exécution pendant certaines périodes cruciales plutôt que pour la durée entière du projet. Une garantie peut être exigée, par exemple, pendant la phase de construction et s'appliquer pendant une période appropriée après l'achèvement de façon à couvrir d'éventuels défauts tardifs. Une telle garantie pourrait ensuite être remplacée par une garantie de bonne exécution pour un certain nombre d'années d'exploitation, de façon à permettre à la société de projet de démontrer son aptitude à exploiter l'infrastructure conformément aux normes spécifiées. En cas d'exécution satisfaisante par la société de projet, l'exigence de garantie pourrait être abandonnée pour le reste de la phase d'exploitation jusqu'à une certaine date précédant la fin de la concession, date à laquelle

il pourrait être exigé de la société de projet qu'elle émette une autre garantie couvrant ses obligations relatives à la remise des avoirs et, au besoin, aux autres mesures nécessaires à une liquidation ordonnée du projet (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ____).

3. Mécanismes d'assurance

57. Les mécanismes d'assurance utilisés pour les projets d'infrastructure à financement privé varient généralement en fonction de la phase à laquelle ils s'appliquent, certains types d'assurance n'étant souscrits que pendant une phase particulière du projet. Certaines formes d'assurance, telles que l'assurance "interruption des affaires", peuvent être souscrites par le concessionnaire dans son propre intérêt, tandis que d'autres formes d'assurance peuvent être exigées par les lois du pays hôte. Les formes d'assurance souvent exigées par la loi incluent l'assurance contre les dommages causés à l'infrastructure, l'assurance responsabilité civile, l'assurance rémunération des travailleurs et l'assurance contre la pollution et les atteintes à l'environnement.

58. Les polices d'assurance obligatoires en vertu des lois du pays hôte doivent souvent être souscrites auprès d'une compagnie d'assurance locale ou d'une autre institution autorisée à opérer dans le pays, ce qui peut parfois poser un certain nombre de difficultés pratiques. Dans certains pays, le type de couverture généralement offert peut être plus limité que la couverture standard disponible sur le marché international, auquel cas le concessionnaire peut rester exposé à un certain nombre de risques pouvant dépasser sa capacité d'auto-assurance. Ce risque est particulièrement important s'agissant de l'assurance contre les atteintes à l'environnement. D'autres difficultés peuvent surgir dans certains pays du fait de l'aptitude limitée des assureurs locaux à réassurer les risques sur les marchés internationaux de l'assurance et de la réassurance. En conséquence, la société de projet peut souvent avoir besoin de souscrire une assurance complémentaire en dehors du pays, ce qui majore le coût global de financement du projet.

F. Changements de circonstances

59. Les projets d'infrastructure à financement privé portent en général sur une longue période, pendant laquelle de nombreuses circonstances associées au projet peuvent changer. Les incidences de nombre de ces changements peuvent être automatiquement traitées dans l'accord de projet, soit en prévoyant des arrangements financiers tels qu'une structure tarifaire comportant une clause d'indexation (voir par. 33 à 37), soit en faisant assumer par l'une ou l'autre des parties, expressément ou par exclusion, certains risques (par exemple, si le prix de l'approvisionnement en combustible ou en électricité n'est pas pris en considération dans les mécanismes d'indexation, le risque d'un niveau de prix supérieur à ce qui était envisagé est assumé par le concessionnaire). Toutefois, il existe des changements qui n'entrent pas facilement dans le cadre d'un mécanisme d'ajustement automatique ou que les parties peuvent préférer exclure d'un tel mécanisme. Sur le plan législatif, deux catégories particulières de changement doivent faire l'objet d'une attention particulière: les changements législatifs ou réglementaires et les changements imprévus de la conjoncture économique.

1. Changements législatifs et réglementaires

60. Étant donné la durée des projets d'infrastructure à financement privé, le concessionnaire peut devoir, pour satisfaire aux obligations qu'il a contractées dans le cadre de l'accord de projet, être tenu d'engager des dépenses supplémentaires en raison de changements futurs imprévus de la législation s'appliquant à ses activités. À l'extrême, la législation peut le mettre dans l'impossibilité financière ou matérielle de poursuivre le projet. Pour examiner les solutions appropriées face à des changements législatifs, il peut être utile d'établir une distinction entre les changements qui ont une incidence particulière sur les projets d'infrastructure à financement privé ou sur un projet particulier, d'une part, et les changements législatifs généraux qui touchent également d'autres activités économiques en dehors de la gestion des infrastructures.

61. Toutes les organisations commerciales, que ce soit dans le secteur privé ou dans le secteur public, peuvent être visées par des changements de la législation et doivent normalement faire face aux conséquences de ces changements pour leur activité, y compris l'impact sur le prix ou la demande de leurs produits. On peut citer à cet égard plusieurs exemples: changements de la structure des déductions pour amortissement s'appliquant à des catégories entières d'actifs, qu'ils soient détenus par le secteur public ou par le secteur privé et liés ou non à des projets d'infrastructure; réglementations touchant la santé et la sécurité des travailleurs du bâtiment pour tous les projets de construction et non pas seulement pour les projets d'infrastructure; et changements de la réglementation concernant l'élimination des substances dangereuses. Les changements généraux de la législation peuvent être considérés comme un risque commercial ordinaire plutôt que comme un risque particulier aux activités du concessionnaire, et l'État peut avoir quelques difficultés à s'engager à protéger les exploitants d'infrastructures contre les conséquences économiques et financières de changements de la législation qui touchent de la même manière d'autres organisations commerciales. C'est pourquoi il n'y a pas, à première vue, de raison pour que le concessionnaire ne supporte pas les conséquences des risques législatifs généraux, y compris le risque de coûts découlant de changements de la loi s'appliquant à l'ensemble du secteur auquel il appartient.

62. Néanmoins, il est important de tenir compte d'éventuelles limites de la capacité du concessionnaire à réagir à des augmentations de coûts résultant de changements législatifs généraux ou à absorber ces augmentations. Les exploitants d'infrastructures sont souvent soumis à des normes en matière de services et à des mécanismes de contrôle des prix (voir par. 31 à 39) qui font qu'il leur est difficile de prendre les mêmes mesures que d'autres sociétés privées pour s'adapter aux changements de la législation (par exemple, en augmentant leurs tarifs ou en réduisant leurs services). Lorsque l'accord de projet prévoit des mécanismes de contrôle des prix, le concessionnaire cherchera à obtenir de l'autorité contractante et de l'organisme réglementaire, selon le cas, l'assurance qu'il sera autorisé à recouvrer les dépenses supplémentaires qu'entraîneront les changements de la législation en augmentant ses prix. Lorsqu'il est impossible de donner une telle assurance, il est souhaitable d'habiliter l'autorité contractante à négocier avec le concessionnaire le dédommagement auquel il peut avoir droit si les mesures de contrôle des prix ne l'autorisent pas à compenser pleinement une augmentation des coûts résultant de changements législatifs généraux.

63. Il en va autrement lorsque le concessionnaire voit ses coûts augmenter en raison de changements dans la législation qui visent le projet qui le concerne, une catégorie de projets analogues ou l'ensemble des projets d'infrastructure à financement privé. De tels changements ne peuvent pas être considérés comme un risque commercial ordinaire et peuvent modifier considérablement les hypothèses économiques et financières sur lesquelles l'accord de projet a été négocié. Aussi, l'autorité contractante accepte-t-elle souvent de supporter les coûts supplémentaires résultant d'une législation qui vise le projet particulier, une catégorie de projets analogues ou l'ensemble des projets d'infrastructure à financement privé. Ainsi, dans les projets d'autoroutes, la législation visant un projet particulier ou une société d'exploitation de routes, ou encore cette catégorie de projets de routes exploitées par une entreprise privée, peut entraîner un ajustement des prix au titre des dispositions pertinentes de l'accord de projet.

2. Changements de la conjoncture économique

64. Dans certains systèmes juridiques, des règles autorisent une révision des clauses de l'accord du projet à la suite d'un changement des conditions économiques ou financières qui, sans empêcher l'exécution par une partie de ses obligations contractuelles, rend cette exécution considérablement plus onéreuse que ce qui avait été prévu au moment de la conclusion de l'accord. Dans certains systèmes juridiques, la possibilité de révision des clauses de l'accord est généralement implicite dans tous les contrats publics, ou est expressément prévue dans la législation pertinente.

65. Les considérations d'ordre financier et économique pour l'investissement du concessionnaire sont négociées à la lumière des hypothèses fondées sur les circonstances prévalant au moment des négociations et les attentes

raisonnables des parties sur l'évolution probable de ces circonstances pendant la vie du projet. Étant donné la durée des projets d'infrastructure, le concessionnaire recherchera à négocier des mécanismes qui prévoient une certaine protection contre les effets financiers et économiques négatifs d'événements extraordinaires ou imprévus qui n'avaient pas pu être pris en considération lorsque l'accord de projet avait été négocié ou des mécanismes qui, s'ils avaient été pris en considération, auraient entraîné une répartition différente des risques ou une contrepartie pour l'investissement du concessionnaire. Un certain nombre de pays appliquent donc des règles de révision et jugent utile d'aider les parties à trouver des solutions équitables pour assurer la poursuite de la viabilité économique et financière des projets d'infrastructure afin d'éviter une défaillance du concessionnaire qui pourrait avoir des effets négatifs. Toutefois, ces règles peuvent aussi présenter quelques inconvénients, en particulier du point de vue des pouvoirs publics.

66. Comme les changements législatifs de caractère général, les changements de la conjoncture économique sont des risques auxquels s'exposent la plupart des organisations commerciales sans avoir recours à une garantie générale des pouvoirs publics qui les protégerait contre les effets économiques et financiers de ces changements. Si l'autorité contractante s'oblige sans réserve à dédommager le concessionnaire en cas de changement de la conjoncture économique, le secteur public peut se voir transférer une partie considérable des risques commerciaux qui avaient été à l'origine alloués au concessionnaire et qui représentent une obligation financière illimitée. En outre, il convient de noter que le niveau des tarifs envisagé et les éléments essentiels de la répartition des risques constituent des facteurs importants, voire décisifs, dans la sélection du concessionnaire. Une possibilité excessivement généreuse de renégociation du projet peut conduire à la soumission de propositions offrant des prix irréalistes pendant la procédure de sélection dans l'espoir d'une augmentation des tarifs une fois le projet attribué. L'autorité contractante peut donc avoir intérêt à établir des limites raisonnables dans les dispositions statutaires ou contractuelles autorisant des révisions de l'accord de projet en cas de changement de la conjoncture économique.

67. Il peut être souhaitable de prévoir dans l'accord de projet qu'un changement de circonstances qui justifie une révision de l'accord de projet doit avoir échappé au contrôle du concessionnaire et être d'une nature telle qu'il était impossible d'escompter raisonnablement du concessionnaire qu'il les prenne en considération au moment de la négociation de l'accord ou d'avoir évité ou surmonté ses conséquences. Ainsi, on peut ne pas attendre d'un exploitant d'une route à péage détenteur d'une concession exclusive (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___) qu'il prenne en considération et assume le risque de la diminution du trafic routier résultant de l'ouverture ultérieure d'une autre route sans péage par une entité autre que l'autorité contractante. Toutefois, le concessionnaire devra normalement tenir compte de la possibilité d'augmentation raisonnable des coûts de main-d'œuvre au cours de la vie du projet. Ainsi, dans des circonstances normales, le fait que les salaires se révèlent plus élevés que ce qui était prévu ne constituerait pas une raison suffisante pour réviser l'accord de projet.

68. Il peut aussi être souhaitable de prévoir, dans l'accord de projet, que, pour qu'une révision dudit accord soit acceptée, il faut que les changements des conditions économiques et financières représentent une valeur minimale donnée proportionnelle au coût total du projet ou au revenu du concessionnaire. Une telle règle peut être utile pour repousser le recours à des négociations d'ajustement lourdes jusqu'à ce que les changements accumulés représentent un chiffre important. Dans certains pays, des règles établissent un plafond pour le montant cumulatif des révisions périodiques de l'accord de projet. Elles ont pour but d'éviter un recours inapproprié au mécanisme de changement pour obtenir un équilibre financier général qui n'a aucun lien avec celui qui était envisagé dans l'accord de projet initial. Du point de vue du concessionnaire et des prêteurs, toutefois, de telles restrictions peuvent représenter un risque considérable en cas, par exemple, d'augmentation considérable des coûts résultant de profonds changements des circonstances. Il faut donc examiner avec soin l'opportunité d'un tel plafond et le niveau auquel il est fixé.

G. Clauses exonératoires

69. Il peut, au cours de la vie d'un projet d'infrastructure, se produire des événements qui empêchent une des parties à l'accord de satisfaire à ses obligations contractuelles. Ces événements échappent normalement au contrôle des parties et peuvent être de nature matérielle telle qu'une catastrophe naturelle, ou le résultat d'une action humaine

telle qu'une guerre, des émeutes ou des attaques terroristes. De nombreux systèmes juridiques reconnaissent généralement qu'une partie qui ne peut satisfaire à une obligation contractuelle en raison de certains types d'événements peut être exemptée des conséquences de cette défaillance.

1. Définition des empêchements exonérateurs

70. Les empêchements exonérateurs comprennent généralement les événements qui échappent au contrôle d'une partie et la mettent dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, et qui n'ont pu être surmontés par l'exercice d'une diligence raisonnable. Les cas les plus courants sont les suivants: catastrophes naturelles (par exemple, cyclones, inondations, sécheresses, tremblements de terre, orages, incendies ou foudre); guerre (déclarée ou non) et autre activité militaire, y compris les émeutes et les troubles civils; panne ou sabotage des installations; actes de terrorisme, dommages criminels ou menace de tels actes; contamination radioactive ou chimique ou rayonnements ionisants; effets d'éléments naturels, y compris de conditions géologiques n'ayant pas pu être prévues et combattues; et grève des employés d'une ampleur exceptionnelle.

71. Certaines lois comportent uniquement une référence générale aux empêchements exonérateurs, alors que d'autres contiennent de longues listes de cas déchargeant les parties de l'exécution en vertu de l'accord de projet. Cette dernière méthode peut permettre d'assurer un traitement cohérent de la question pour tous les projets construits dans le cadre de la législation pertinente, ce qui évite ainsi les situations où un concessionnaire obtient une répartition des risques plus favorable que celle qui a été accordée dans le cadre d'autres accords de projet. Toutefois, il est important d'examiner les inconvénients possibles de l'inclusion, dans les dispositions statutaires ou réglementaires, d'une liste de cas considérés comme des empêchements exonérateurs dans tous les cas de figure. Cette liste risque en effet d'être incomplète et de ne pas comprendre certains empêchements importants. En outre, certaines catastrophes naturelles telles que les orages, les cyclones ou les inondations, peuvent constituer des conditions normales à un certain moment de l'année sur le site du projet. Ces catastrophes naturelles peuvent donc représenter des risques que tout prestataire de services publics de la région serait tenu d'assumer.

72. Un autre aspect qui peut avoir à être soigneusement examiné est le fait de savoir si et dans quelle mesure certains actes des organismes publics autres que l'autorité contractante peuvent constituer des empêchements exonérateurs. Le concessionnaire peut être tenu, pour s'acquitter de certaines de ses obligations, d'obtenir une licence ou toute autre approbation officielle. L'accord de projet pourrait donc disposer que, si la licence ou l'approbation est refusée ou si elle est accordée puis retirée ultérieurement en raison de l'incapacité du concessionnaire à respecter les critères requis pour la délivrance de la licence ou de l'approbation, le concessionnaire ne peut invoquer ce refus comme étant un empêchement exonérateur. En revanche, si la licence ou l'approbation est refusée ou retirée pour des motifs étrangers ou inappropriés, il serait équitable de disposer que le concessionnaire peut invoquer ce refus comme étant un empêchement exonérateur. Une autre possibilité d'empêchement pourrait être une interruption du projet provoquée par un organisme public autre que l'autorité contractante qui exigerait, par exemple, en raison d'un changement des plans et des politiques du gouvernement, l'interruption ou une importante révision du projet modifiant considérablement sa conception initiale. Dans ce type de situation, il peut être important d'examiner la relation institutionnelle existant entre l'autorité contractante et l'organisme public qui provoque l'empêchement ainsi que leur degré d'interdépendance. Un événement classé comme empêchement exonérateur peut, dans certains cas, représenter une violation délibérée de l'accord de projet par l'autorité contractante selon que l'autorité contractante pouvait raisonnablement contrôler ou influencer les actes de l'autre organisme public.

73. À la lumière de ce qui précède, il est conseillé de définir, dans l'accord de projet, les circonstances qui exonèrent l'une ou l'autre partie de l'exécution au titre de l'accord, de façon à donner aux parties la liberté nécessaire pour prendre toutes dispositions utiles. Afin d'éviter toute controverse pratique, l'accord de projet devrait également préciser si les circonstances exonératoires produisent des effets automatiques ou si leur survenue doit être établie par les parties au moyen d'une procédure spéciale.

2. Conséquences pour les parties

74. Dans certains systèmes juridiques, la survenue d'une circonstance exonératoire suspend l'exécution du projet ou l'exploitation de la concession pendant la durée de l'empêchement. Dans d'autres, l'accord de projet n'est pas techniquement suspendu, mais si les circonstances sont telles que le concessionnaire est mis dans l'impossibilité de respecter ses obligations découlant de l'accord de projet, cette impossibilité n'est pas interprétée comme une violation de l'accord de projet. Les principaux points à examiner en rapport avec la survenue de tout événement exonératoire sont le fait de savoir si du temps supplémentaire est accordé au concessionnaire pour lui permettre de s'acquitter de ses obligations, et quelle partie supporte les coûts liés au retard ou le coût de réparation des biens endommagés.

75. Pendant la phase de construction, la survenue de circonstances exonératoires justifie généralement de prolonger le temps accordé pour achever l'infrastructure. À cet égard, il importe d'examiner les incidences de tout prolongement de ce type sur la durée globale du projet, en particulier lorsque la phase de construction est prise en compte pour calculer la période de concession totale. Les retards dans l'achèvement de l'infrastructure raccourcissent la période d'exploitation et peuvent influencer négativement sur les estimations globales de recettes du concessionnaire et des prêteurs. Il est donc conseillé d'examiner dans quelles circonstances il peut être justifié de prolonger la période de concession de façon à prendre en compte les prolongations éventuelles survenant pendant la phase de construction. Enfin, il est conseillé de disposer que, si l'événement en question est de nature permanente, les parties peuvent résilier l'accord de projet (voir également chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ____).

76. Une autre question importante est le fait de savoir si le concessionnaire aura droit à une compensation pour la perte de recettes ou les atteintes aux biens résultant de la survenue de circonstances exonératoires. La réponse à cette question est donnée par la répartition des risques prévue dans l'accord de projet. Sauf pour les cas dans lesquels les pouvoirs publics prévoient une forme quelconque d'appui direct (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____), les projets d'infrastructure à financement privé sont généralement exécutés aux propres risques du concessionnaire, y compris le risque de pertes pouvant résulter de catastrophes naturelles et d'autres circonstances exonératoires, contre lequel le concessionnaire est généralement tenu de fournir une assurance adéquate (voir par. 57 et 58). Ainsi, certaines législations excluent expressément toute forme de compensation du concessionnaire en cas de perte ou dommage résultant de la survenue de circonstances exonératoires. Il ne s'ensuit pas nécessairement, cependant, qu'un événement qualifié de circonstance exonératoire ne puisse pas, dans le même temps, justifier une révision des conditions de l'accord de projet de façon à rétablir son équilibre économique et financier (voir également par. 59 à 68).

77. Cependant, un type différent de répartition des risques est parfois envisagé pour les projets nécessitant la construction d'infrastructures détenues en permanence par l'autorité contractante ou d'infrastructures qui sont tenues d'être transférées à l'autorité contractante à la fin de la période de projet. Dans certains pays, l'autorité contractante est autorisée à prendre des dispositions lui permettant d'aider le concessionnaire à réparer ou à reconstruire des ouvrages d'infrastructure endommagés par des catastrophes naturelles ou des événements analogues définis dans l'accord de projet, à condition que la possibilité d'une telle assistance ait été envisagée dans l'appel d'offres. Parfois, l'autorité contractante est autorisée à verser une compensation au concessionnaire en cas d'interruption des travaux pendant plus d'un certain nombre de jours jusqu'à une durée maximale, si l'interruption est causée par un événement dont le concessionnaire n'est pas responsable.

78. Dans l'éventualité où le concessionnaire serait mis dans l'impossibilité d'exécuter les travaux en raison d'un tel empêchement et dans l'éventualité où les parties ne parviendraient pas à procéder à une révision acceptable du contrat, certaines lois nationales autorisent le concessionnaire à résilier l'accord de projet, sans préjudice de la compensation qui pourrait être due dans ces circonstances (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ____).

79. Les dispositions statutaires et contractuelles relatives aux circonstances exonératoires doivent également être examinées à la lumière des autres règles régissant l'offre du service concerné. La législation de certains pays exige que les prestataires de services publics fassent de leur mieux pour continuer à fournir le service malgré la survenue de circonstances définies comme empêchements contractuels (voir par. 23 et 24). Dans ces cas, il est conseillé d'examiner dans quelle mesure une telle obligation peut raisonnablement être imposée au concessionnaire et quelle compensation peut être due pour les coûts additionnels et difficultés auxquels ce dernier doit faire face.

H. Défaillances et recours

80. En règle générale, il existe un grand nombre de recours dont les parties peuvent convenir pour faire face aux conséquences d'une défaillance, recours pouvant aller jusqu'à la résiliation. La présente section examine des considérations générales sur les défaillances et sur les recours dont peuvent se prévaloir l'une et l'autre parties (voir par. 81 et 82). Elle examine l'incidence législative de certains types de recours destinés à rectifier les causes de la défaillance et à assurer la continuité du projet, en particulier l'intervention de l'autorité contractante (voir par. 83 à 86) ou la substitution du concessionnaire (voir par. 87 à 91). Le recours ultime consistant à résilier l'accord de projet et les conséquences de cette résiliation sont examinés ailleurs dans le *Guide* (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ____).

1. Considérations générales sur les défaillances et sur les recours

81. Les recours, en cas de défaillance du concessionnaire, incluent généralement les recours habituels prévus dans les contrats de construction ou de services à long terme : déchéance des garanties, sanctions contractuelles et dommages-intérêts spécifiés². Dans la plupart des cas, ces recours sont généralement contractuels par nature et ne donnent pas lieu à d'importantes considérations législatives. Néanmoins, il importe d'établir des procédures adéquates concernant la constatation et la correction des défaillances. Dans certains pays, pour imposer des sanctions contractuelles, il faut produire les résultats d'inspections officielles et mettre en œuvre d'autres procédures, y compris, avant l'imposition de sanctions plus sévères, l'examen de l'autorité contractante par des fonctionnaires de rang supérieur. Ces procédures peuvent être complétées par des dispositions établissant une distinction entre les vices qui peuvent être rectifiés et ceux qui ne peuvent pas l'être, et fixant les procédures et recours correspondants. Il est généralement conseillé d'exiger que le concessionnaire reçoive une notification le mettant en demeure de remédier au manquement dans un délai suffisant. Il peut également être conseillé d'envisager le versement de pénalités ou de dommages-intérêts spécifiés par le concessionnaire en cas d'inexécution d'obligations essentielles et de préciser qu'aucune sanction ne s'applique en cas d'inexécution d'obligations secondaires ou accessoires et pour lesquelles d'autres recours peuvent être obtenus en vertu de la législation nationale. De surcroît, un système de suivi des résultats prévoyant des sanctions ou des dommages-intérêts spécifiés peut être complété par un programme de bonus payables au concessionnaire dont les résultats iraient au-delà des conditions convenues.

82. Alors que l'autorité contractante peut se prémunir contre les conséquences d'une défaillance du concessionnaire par diverses dispositions contractuelles juridiquement protégées, les recours dont peut se prévaloir le concessionnaire peuvent être soumis à un certain nombre de restrictions en vertu du droit applicable. D'importantes restrictions peuvent découler de principes du droit accordant aux organismes publics l'immunité contre toute poursuite judiciaire ou mesure d'exécution. En fonction de la nature juridique de l'autorité contractante ou des organismes publics qui assument des obligations vis-à-vis du concessionnaire, ce dernier peut se voir refuser la possibilité de faire appliquer des mesures d'exécution pour faire respecter des obligations contractées par ces entités publiques (voir également chap. VIII, "Règlement des différends", ____). Cette situation rend d'autant plus

² Pour un examen des recours utilisés dans les contrats de construction d'installations industrielles complexes, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, chap. XVIII, "Retard, vices et autres cas d'inexécution".

nécessaire de prévoir des mécanismes prémunissant le concessionnaire contre les conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante, par exemple au moyen de garanties publiques couvrant certaines défaillances ou de garanties offertes par des tierces parties telles que des institutions de prêt multilatérales (voir également chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", ____).

2. Droits d'intervention de l'autorité contractante

83. Certaines législations nationales autorisent expressément l'autorité contractante à assumer temporairement l'exploitation de l'infrastructure, généralement en cas de défaillance du concessionnaire, en particulier lorsque l'autorité contractante est statutairement tenue d'assurer la livraison effective et permanente du service concerné. Dans certains systèmes juridiques, cette prérogative est considérée comme inhérente à la plupart des contrats publics et peut être présumée exister même lorsqu'elle n'est pas expressément mentionnée dans la législation ou dans l'accord de projet.

84. On notera que le droit qu'a l'autorité contractante d'intervenir, son "droit d'intervention", est une mesure extrême. Les investisseurs risquent en effet de craindre que l'autorité contractante ne l'utilise afin d'imposer ses propres vues sur la façon dont le service doit être fourni, voire pour prendre le contrôle des avoirs du projet. Il est donc conseillé de définir aussi clairement que possible les circonstances dans lesquelles ces droits d'intervention peuvent être exercés. Il peut être utile de préciser dans la législation que l'intervention de l'autorité contractante dans le projet est temporaire et est destinée à remédier à un problème spécifique urgent auquel le concessionnaire n'a pas été en mesure de remédier. Le concessionnaire devrait assumer de nouveau la responsabilité de la prestation du service une fois la situation d'urgence résolue. Il importe de réserver le droit de l'autorité contractante à intervenir aux cas de dysfonctionnement grave du service et pas uniquement en cas d'insatisfaction vis-à-vis des résultats du concessionnaire.

85. L'aptitude de l'autorité contractante à intervenir peut être limitée par le fait qu'il peut être difficile de trouver et d'engager immédiatement un sous-traitant capable de mettre en œuvre les activités ayant motivé l'intervention de l'autorité contractante. De surcroît, en intervenant fréquemment, l'autorité contractante peut avoir à assumer de nouveau des risques qui avaient été transférés, dans l'accord de projet, au concessionnaire. Le concessionnaire ne devrait pas escompter que l'autorité contractante intervienne pour faire face à un risque particulier au lieu de l'assumer lui-même, comme l'exige l'accord de projet.

86. Il est conseillé de préciser, dans l'accord de projet, quelle partie supporte le coût d'une intervention de l'autorité contractante. Dans la plupart des cas, le concessionnaire devrait supporter les coûts encourus par l'autorité contractante lorsque l'intervention est motivée par une défaillance imputable à la propre faute du concessionnaire. Dans certains cas, pour prévenir des différends quant à la responsabilité et au niveau approprié des coûts, l'accord peut autoriser l'autorité contractante à intervenir pour remédier au problème elle-même, puis à facturer le coût réel de cette intervention (y compris ses propres dépenses administratives) au concessionnaire. Lorsque, cependant, cette intervention a lieu suite à la survenue d'un empêchement exonératoire (voir par. 69 à 79), les parties peuvent convenir d'une solution différente, en fonction de la façon dont ce risque particulier a été réparti dans l'accord de projet.

3. Droits d'intervention des prêteurs et transfert obligatoire de la concession

87. Pendant la durée du projet, il peut se produire des situations où, en raison d'une défaillance du concessionnaire ou de la survenue d'un événement extraordinaire échappant au contrôle du concessionnaire, il pourrait être de l'intérêt des parties d'écarter une résiliation du projet (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ____) en permettant au projet de continuer sous la responsabilité d'un concessionnaire différent. Les prêteurs, dont la principale garantie est liée aux recettes tirées du projet, sont particulièrement préoccupés par le risque d'interruption ou de résiliation du projet avant que les prêts ne soient remboursés. En cas de défaillance ou d'empêchement du concessionnaire, les prêteurs auront intérêt à faire en sorte que les travaux ne soient pas laissés

inachevés et que la concession soit exploitée de façon rentable. L'autorité contractante peut également avoir intérêt à ce que le projet soit poursuivi par un nouveau concessionnaire, pour ne pas avoir à intervenir et à le poursuivre sous sa propre responsabilité.

88. Des clauses permettant aux prêteurs de sélectionner, avec l'approbation de l'autorité contractante, un nouveau concessionnaire pour exécuter le projet dans le cadre de l'accord de projet existant ont été incluses dans plusieurs accords récents portant sur d'importants projets d'infrastructure. Ces clauses sont généralement complétées par un accord direct entre l'autorité contractante et les prêteurs qui accordent des financements au concessionnaire. Ce type d'accord direct a principalement pour objectif de permettre aux prêteurs d'écarter une résiliation par l'autorité contractante lorsque le concessionnaire fait défaut en substituant un concessionnaire qui continuera d'exécuter le projet dans le cadre de l'accord de projet en lieu et place du concessionnaire défaillant. À la différence du droit d'intervention de l'autorité contractante, qui a trait à un dysfonctionnement spécifique, temporaire et grave du service, le droit d'intervention des prêteurs s'applique aux cas où l'incapacité du concessionnaire à fournir le service est récurrente ou apparemment irrémédiable.

89. Les pays qui ont récemment recouru à de tels accords directs ont estimé que la possibilité d'écarter une résiliation et de proposer un autre concessionnaire donne aux prêteurs une garantie supplémentaire contre une éventuelle défaillance du concessionnaire. Dans le même temps, elle permet à l'autorité contractante d'éviter l'interruption résultant d'une résiliation de l'accord de projet et d'assurer ainsi la continuité du service. Dans les pays où les prêteurs peuvent être motivés par une garantie portant sur l'ensemble des droits et intérêts du concessionnaire en vertu de l'accord de projet (voir chap. IV, "L'accord de projet", ___), il peut exister un droit implicite d'intervention chaque fois qu'une situation particulière constitue une défaillance en vertu des accords de prêt.

90. Dans certains pays, cependant, l'application de ces clauses peut rencontrer des difficultés en l'absence d'autorisation législative. L'incapacité du concessionnaire à s'acquitter de ses obligations est généralement invoquée par l'autorité contractante pour reprendre l'exploitation de l'infrastructure ou résilier l'accord (voir chap. VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", ___). Pour sélectionner un nouveau concessionnaire qui succédera au concessionnaire défaillant, l'autorité contractante doit souvent suivre les mêmes procédures que pour la sélection du concessionnaire initial, et il peut ne pas être possible pour l'autorité contractante de s'entendre, en consultation avec les prêteurs, sur l'engagement d'un concessionnaire qui n'aurait pas été sélectionné conformément à ces procédures. D'autre part, même lorsque l'autorité contractante est autorisée, en cas d'urgence, à négocier avec un nouveau concessionnaire, un nouvel accord de projet peut devoir être conclu avec le nouveau concessionnaire. Or, il se peut que ce dernier ne soit pas à même d'assumer toutes les obligations de son prédécesseur.

91. Il peut donc être utile, dans la législation, de reconnaître à l'autorité contractante le droit de conclure avec les prêteurs des accords leur permettant de désigner un nouveau concessionnaire chargé d'exécuter l'accord de projet existant dans l'éventualité où le concessionnaire ferait gravement défaut à son obligation de fournir le service requis en vertu de l'accord de projet, ou en cas de survenue d'autres événements spécifiés qui pourraient justifier la résiliation de l'accord de projet. L'accord entre l'autorité contractante et les prêteurs devrait notamment préciser les points suivants : les circonstances dans lesquelles les prêteurs seraient autorisés à substituer un nouveau concessionnaire; les procédures de substitution du concessionnaire; les motifs de refus par l'autorité contractante d'un substitut proposé; et l'obligation qu'auraient les prêteurs d'assurer le service au niveau et dans les conditions stipulées dans l'accord de projet.