



Assemblée générale

Distr. GENERALE

A/CN.9/424
19 avril 1996

FRANÇAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Vingt-neuvième session
New York, 28 mai-14 juin 1996

TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

Projets de construction-exploitation-transfert

Note du Secrétariat

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
INTRODUCTION	1 - 3	3
<u>Chapitres</u>		
I. LE CONCEPT "CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT"	4 - 10	3
II. TRAVAUX D'AUTRES ORGANISATIONS SUR LE CET	11 - 21	5
A. Organisation des Nations Unies pour le développement industriel	11 - 16	5
B. Commission économique pour l'Europe	17 - 18	6
C. La Banque mondiale	19	7
D. Banque européenne pour la reconstruction et le développement	20	7
E. Fédération internationale des ingénieurs-conseils	21	7
III. UN CADRE JURIDIQUE APPROPRIÉ	22 - 29	7
A. Renforcement de la confiance des investisseurs étrangers	22 - 23	7
B. Domaines de la législation régissant les projets CET	24 - 26	7
C. Approches législatives actuelles relatives aux projets CET	27 - 29	8

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
IV. APERCU DES QUESTIONS REGIES PAR LES LOIS NATIONALES ...	30 - 84	9
A. Dispositions générales	31 - 37	9
1. Domaines dans lesquels une concession peut être accordée	31	9
2. Déclarations de politique générale	32	9
3. Organes de l'Etat compétents	33 - 34	9
4. Planification et coordination	35 - 36	10
5. Publicité et confidentialité	37	10
B. Octroi de la concession	38 - 52	10
1. Conditions préalables et autres conditions	38 - 39	10
2. Préférence donnée aux entités nationales	40 - 41	11
3. Sélection du concessionnaire	42 - 47	11
4. Sélection des sous-traitants	48 - 49	12
5. L'accord de projet	50 - 52	12
C. Droits et obligations du concessionnaire	53 - 59	13
1. Nature de la concession	53	13
2. Obligations	54	13
3. Sources de recettes auxiliaires	55 - 56	13
4. Cession, sous-concession, nantissement	57 - 59	13
D. Obligations et engagements de l'Etat	60 - 63	14
1. Incitations financières et garanties	60 - 61	14
2. Autres garanties	62	14
3. Imposition	63	15
E. Exploitation de la concession	64 - 68	15
1. Fixation et augmentation des prix	64 - 66	15
2. Suivi de l'exécution du projet	67 - 68	16
F. Relations avec les clients	69	16
G. Relations avec les concurrents	70	16
H. Exécution des obligations du concessionnaire	71 - 75	16
1. Violation de l'accord	71 - 74	16
2. Empêchements	75	17
I. Résiliation de la concession	76 - 81	17
1. Causes communes de résiliation	76 - 77	17
2. Prolongation	78	17
3. Transfert du projet à l'Etat	79 - 81	18
J. Dispositions diverses	82 - 84	18
1. Loi applicable	82 - 83	18
2. Règlement des litiges	84	18
V. CONCLUSION	85 - 92	19

INTRODUCTION

1. A sa vingt-septième session, en 1994, la Commission, après avoir examiné une note établie par le Secrétariat (A/CN.9/399), a souligné l'importance des projets de construction-exploitation-transfert (CET) et a prié le Secrétariat d'établir une note sur les travaux futurs possibles concernant les projets CET. La Commission a examiné la note en question (A/CN.9/414) à sa vingt-huitième session, en 1995¹.
2. Un large appui s'est manifesté au sein de la Commission en faveur de l'exécution de travaux dans le domaine des projets CET. Il a été noté que le mécanisme de financement des projets CET suscitait un intérêt considérable dans de nombreux Etats et que les travaux de la Commission dans ce domaine permettraient d'aider ces Etats à faire face aux problèmes qui avaient été recensés. Il a toutefois été noté que, puisque les travaux qu'entreprendrait la Commission seraient en partie influencés par la teneur définitive des Directives qu'élaborerait l'Organisation de Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) et que la pratique en matière de CET évoluait toujours, il serait utile de donner au Secrétariat la possibilité d'étudier plus avant les questions sur lesquelles il était proposé d'entreprendre des travaux. Il a également été noté que les travaux de la Commission seraient conçus de manière à ne pas faire double emploi avec les activités entreprises par l'ONUDI en la matière. La Commission a prié le Secrétariat d'établir un rapport sur les questions qui pourraient faire l'objet des travaux futurs, afin de faciliter l'examen de cette question par la Commission à sa vingt-neuvième session, en 1996.
3. Le présent rapport est soumis à la Commission en réponse à cette demande.

I. LE CONCEPT "CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT"

4. Le mécanisme CET est essentiellement une forme de financement des projets dans le cadre de laquelle un Etat octroie à un groupe d'investisseurs (ci-après dénommé "consortium du projet") une concession pour la conception, la mise en marche, la gestion et l'exploitation commerciale d'un projet particulier. Le consortium du projet - ou une société créée par ce consortium (ci-après dénommée le "concessionnaire") - s'engage quant à lui à concevoir le projet et à gérer la concession conformément à un accord conclu entre l'Etat et le concessionnaire (ci-après dénommé l'"accord de projet"). Le terme générique utilisé pour ce type de projet est "construction-exploitation-transfert" (CET), mais les expressions suivantes peuvent également être utilisées pour décrire cette forme de financement des projets : "construction-possession-exploitation", "construction-possession-exploitation-transfert", "construction - possession-location-transfert" et "construction-location-transfert". Malgré ces dénominations diverses, tous ces arrangements sont des mécanismes de financement des projets par lesquels un Etat accorde une concession à des entités privées s'engageant à financer, exécuter et gérer un projet particulier. Des arrangements contractuels similaires sont parfois conclus entre un bailleur de licence privé et un entrepreneur.
5. A la différence du type traditionnel de financement des projets, dans lequel le propriétaire (l'Etat) se charge d'obtenir un financement et de garantir son remboursement, dans les projets CET, c'est le consortium du projet qui assume ces responsabilités. Les prêts sont consentis sur la base des recettes qu'il est prévu de retirer du projet. Ce mécanisme présente des avantages pour le pays hôte. Puisque le budget de l'Etat n'a pas à être mis directement à contribution, le projet a peu d'incidences sur la dette publique. Le financement du secteur privé permet aussi en général de transférer les risques financiers, industriels et autres à ce secteur. En outre, puisque le projet est exécuté et, durant la période de concession, géré par le consortium du projet, le pays hôte bénéficie des compétences du secteur privé en matière d'exploitation et de gestion de tels projets.
6. Les contrats de construction d'infrastructures ou d'autres ouvrages disposent en général que le propriétaire prend en charge l'installation dès l'achèvement des travaux de construction, conformément au contrat. Le financement est organisé par le propriétaire, qui paye les entrepreneurs, soit en empruntant, soit en faisant appel à ses propres ressources. Dans ces contrats, l'entrepreneur a pour charge essentielle de construire et d'équiper

¹Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 394 à 400.

l'installation prévue, alors que la viabilité et la rentabilité du projet sont la préoccupation du propriétaire. Dans un projet CET par contre, le consortium du projet s'engage à achever la construction et à exploiter l'installation pendant un certain temps, afin de se rembourser de ses frais et d'obtenir un bénéfice. Ainsi, le consortium du projet est donc naturellement intéressé à la faisabilité et à la conception de l'installation. Il a également intérêt à veiller à ce que les conditions juridiques et commerciales requises pour la construction et l'exploitation de l'installation dans de bonnes conditions de rentabilité soient réunies et restent pour l'essentiel inchangées durant la période de concession.

7. Si les projets CET suscitent un intérêt particulier, c'est essentiellement pour la raison suivante : ils permettent de mobiliser des ressources du secteur privé pour la construction d'infrastructures, sans qu'il soit nécessaire d'alourdir la dette publique. Cet élément du mécanisme CET est particulièrement attrayant alors que se développe dans le monde la privatisation de divers services publics auparavant réservés au secteur privé et qu'il y a de moins en moins de fonds du secteur public disponibles pour le développement des infrastructures. Ce mécanisme présente d'autres avantages : participation accrue du secteur privé à la gestion des infrastructures publiques, meilleures perspectives pour les investissements étrangers directs et accès à des techniques et compétences non disponibles localement. En outre, les installations CET peuvent faire office d'étalon pour évaluer les résultats de projets similaires gérés par le secteur public.

8. Toutefois, plusieurs aspects des projets CET rendent leur mise en place complexe. Un projet CET fait normalement intervenir de nombreuses parties liées entre elles par contrat. Outre le pays hôte et le consortium du projet, ces parties sont en général des prêteurs, des sociétés de construction, des fournisseurs d'équipements, des investisseurs indépendants et les acheteurs ou utilisateurs finals des produits du projet. Souvent, le consortium du projet rassemble des sociétés de construction, des fournisseurs d'équipements mécaniques et d'autres investisseurs privés, ainsi que l'exploitant du projet. Les investisseurs peuvent être des investisseurs institutionnels et des organismes multilatéraux de développement. En outre, des arrangements de financement complexes doivent être mis sur pied, non seulement en raison du grand nombre de parties intéressées, mais aussi parce que, faute de garanties de l'Etat, le consortium du projet et les prêteurs devront trouver des moyens de se protéger des risques encourus, notamment par le biais d'assurances et de diverses formes de garanties. Les arrangements contractuels et les mécanismes de répartition des risques peuvent donc être très complexes dans le cadre des projets CET et exiger des négociations longues.

9. L'appui des pouvoirs publics du pays hôte est considéré comme un facteur important pour le succès d'un projet CET. Non seulement le pays hôte doit autoriser le projet, mais il est le propriétaire ultime de l'installation. Les pouvoirs publics doivent surveiller l'application de l'accord de concession et, parfois, peuvent prendre en charge une partie de la dette ou participer à l'investissement. Afin d'assurer une participation à long terme du secteur privé, les pouvoirs publics doivent veiller à instaurer un climat juridique propice aux investissements privés à long terme. A cette fin, il leur faut mettre en place un cadre juridique pour les investissements privés, ainsi que les mécanismes administratifs requis pour permettre la délivrance en temps voulu, dans des conditions d'équité et d'objectivité, des autorisations ou licences nécessaires.

10. Au fur et à mesure que l'on comprendra mieux les perspectives qu'offre le concept CET, l'intérêt pour ce mécanisme de financement des projets augmentera sans doute, non seulement pour les grands projets d'infrastructure, tels que les centrales électriques et les transports (routes à péage, ponts et chemins de fer), mais aussi pour des petits et moyens projets, par exemple des usines de traitement des eaux, des hôtels ou des installations médicales.

II. TRAVAUX D'AUTRES ORGANISATIONS SUR LE CET

A. Organisation des Nations Unies pour le développement industriel

11. L'ONUDI a récemment établi un document intitulé "Directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion de contrats relatifs aux projets de construction-exploitation-transfert (CET) (ci-après dénommées le s

"Directives de l'ONUDI"). La version anglaise finale était sous presse au moment de l'élaboration de la présente note. Des versions française et espagnole devraient suivre ultérieurement.

12. Les trois premiers chapitres des Directives de l'ONUDI constituent une présentation générale des projets CET. Le chapitre premier ("Introduction au concept de CET") décrit la structure, les caractéristiques et les différentes parties d'un projet CET, ainsi que les techniques de financement et les instruments juridiques pertinents; il comporte également un résumé des principaux avantages que présente pour l'Etat hôte la méthode CET pour la construction d'infrastructures. Le chapitre 2 ("Phases d'un projet CET") décrit brièvement les phases du projet CET : identification initiale et définition du projet, préparation par l'Etat de l'appel d'offres, préparatifs financiers et soumission d'une offre, choix de la meilleure offre, conception du projet, phase de construction, exploitation du projet, puis transfert à l'Etat hôte. Les principales considérations économiques des projets CET sont présentées au chapitre 3 ("Cadre économique des mécanismes CET"). Il s'agit notamment du rôle des infrastructures dans la promotion du développement économique d'un pays, des avantages qu'offre la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure et des avantages et coûts économiques des projets CET.

13. Les trois chapitres suivants sont axés sur les responsabilités que doit assumer l'Etat pour assurer le succès des projets CET. Le chapitre 4 ("Contribution de l'Etat au succès des projets CET") traite notamment de questions telles que l'importance d'un cadre juridique réglementaire et administratif crédible susceptible de diligenter l'exécution des projets CET, le rôle des diverses formes d'incitations de l'Etat et l'exigence d'une procédure de passation des marchés CET ordonnée et transparente. Ayant énoncé les principales responsabilités de l'Etat, les Directives de l'ONUDI examinent au chapitre 5 ("Transfert de technologie et renforcement des capacités par le biais de projets CET") comment l'Etat hôte doit s'efforcer de tirer des avantages du transfert de technologie entre le consortium du projet et l'économie locale. Il donne également des exemples de clauses contractuelles ayant pour objet d'assurer l'utilisation de biens et services locaux et la protection des améliorations et innovations effectuées pendant la période de concession. Le chapitre 6 ("Questions liées à la passation des marchés et à la sélection des bailleurs de fonds") traite plus en détail des objectifs des procédures de passation des marchés, pour ce qui est du choix des concepteurs d'un projet CET, et présente un bref aperçu du cadre juridique et réglementaire nécessaire à cette fin. Il décrit également les procédures d'appel d'offres ouvertes à la concurrence et présente un organigramme simplifié des procédures d'appel d'offres.

14. Trois chapitres sont consacrés aux aspects financiers et économiques des projets CET. Les méthodes d'évaluation de la viabilité financière et économique d'un projet CET sont analysées au chapitre 7 ("Evaluation financière et économique des projets CET"). Vient ensuite, au chapitre 8 ("Détermination et gestion des risques"), un examen des principaux risques auxquels sont exposés les projets CET. Ce chapitre établit une distinction entre les risques généraux liés au climat politique et juridique dans le pays hôte et les risques spécifiques au projet. Enfin, le chapitre 9 ("Structure financière des projets CET") explique comment les fonds sont mobilisés pour les projets CET, décrit les types et les sources de fonds disponibles, en fonction du niveau de risque lié à chaque type de capitaux et décrit les techniques de montage financier.

15. Les questions contractuelles sont traitées plus en détail dans les quatre chapitres suivants. Le chapitre 10 ("Le montage contractuel") décrit brièvement les principaux arrangements contractuels que suppose un projet CET et, notamment, les contrats avec des consultants, l'accord préliminaire de consortium, l'accord relatif au consortium du projet, l'accord de projet ou de concession, l'accord donné par l'Etat pour l'achat des produits de l'installation CET (accord "off-take"), le contrat de construction, les contrats de fourniture d'équipements, le contrat d'exploitation et de maintenance, les contrats d'assurance, les contrats de financement. Parmi tous ces contrats liés entre eux, l'accord de projet ou de concession, le contrat de construction et le contrat d'exploitation et de maintenance sont traités séparément dans les trois chapitres suivants. Le chapitre 11 ("L'accord de projet") recense les éléments essentiels qui doivent être régis par l'accord de projet, accord entre le consortium du projet et l'Etat pour l'exécution et l'exploitation du projet. Le chapitre 12 ("Le contrat de construction") traite de la manière dont le contrat de construction, dans un projet CET, prend en général la forme d'un contrat clefs en main et étudie brièvement trois des principales méthodes d'établissement du prix à payer à l'entrepreneur : montant forfaitaire ou prix fixe, prix fondé sur les dépenses remboursables plus les honoraires, et prix fondé sur les prix unitaires. En outre, ce chapitre

mentionne brièvement certaines importantes questions contractuelles, telles que le respect du calendrier prévu, l'assurance de qualité et le bon fonctionnement de l'installation CET, l'établissement du prix et le paiement, la sous-traitance, la disponibilité des pièces de rechange, les demandes de paiement supplémentaires présentées par l'entrepreneur et l'exécution des obligations de paiement. Le chapitre 13 ("Contrat d'exploitation et de maintenance") énumère et décrit brièvement les principales questions qu'il faudra sans doute traiter dans un contrat entre le consortium du projet et la société qui supervisera l'exploitation et la maintenance au jour le jour de l'installation CET.

16. Les dernières étapes d'un projet CET, à savoir le transfert de l'installation à l'Etat hôte à la fin de la période de concession, sont traitées au chapitre 14 ("Transfert de la propriété"). En particulier, le chapitre 14 étudie des questions telles que l'extension possible de la période de concession, les conditions et le coût du transfert et les garanties lors du transfert. Les Directives de l'ONUDI s'achèvent par un résumé, au chapitre 15 ("Quelques critères pour la bonne application du concept CET"), des principaux éléments caractérisant les projets CET ayant donné de bons résultats dans les pays en développement.

B. Commission économique pour l'Europe

17. Sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe de l'ONU (ONU/CEE) et de son Groupe de travail des contrats internationaux en usage dans l'industrie, relevant du Comité pour le développement du commerce (ci-après dénommé le "Groupe de travail"), un Séminaire sur les moyens d'attirer les investissements privés pour financer des grands projets d'infrastructure dans les pays d'Europe centrale et orientale et dans la CEI a été organisé à Genève le 13 novembre 1995. Entre autres questions, les participants au Séminaire ont examiné des questions juridiques et financières liées à la participation du secteur privé au financement des projets d'infrastructure du secteur public, notamment quelles lois sont nécessaires pour permettre la conclusion de contrats viables pour le financement des projets, et une loi sur le CET, par exemple, serait-elle nécessaire (l'ordre du jour complet du Séminaire a été publié dans le bulletin d'information TRADE/WP.5/53 du 21 juillet 1995). Les participants au Séminaire ont adopté une résolution recommandant notamment ce qui suit :

"12. Un groupe d'experts rassemblant des représentants du secteur public et du secteur privé devrait être constitué et chargé d'élaborer des directives sur les nouvelles techniques de financement des projets et d'établissement de budgets de construction, y compris le mécanisme CET, pour les pays d'Europe centrale et orientale et la CEI, sous l'égide [du Groupe de travail] (WP.5);

13. Ces directives devraient être diffusées dans le cadre de séminaires et être publiées par la Commission économique pour l'Europe de l'ONU, après avoir été soumises pour ratification aux experts juridiques de la CEE, rassemblés dans le cadre du [Groupe de travail] (WP.5)" (TRADE/R.633, annexe).

18. Le Groupe de travail a accepté la recommandation du Séminaire relative à la création du groupe d'experts et a décidé que ce groupe devrait travailler en pleine coopération avec la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, qui avait participé activement au Séminaire et avait appuyé cette initiative (voir TRADE/R.633, par. 10).

C. La Banque mondiale

19. La Banque mondiale a appuyé l'élaboration de différents projets CET dans un certain nombre de pays. Si elle fournit parfois une assistance à ses membres cherchant à mettre en place un cadre juridique et réglementaire favorable aux investissements étrangers par le biais de projets CET, la Banque mondiale ne participe pas à l'effort général d'élaboration de lois types ou de directives sur les lois relatives aux projets CET.

D. Banque européenne pour la reconstruction et le développement

20. La Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) fournit un appui financier à des projets CET dans différents secteurs (par exemple, les télécommunications, la production d'énergie, les pipelines, les routes, les aéroports et les systèmes de navigation aérienne, les ports et les terminaux industriels, le traitement des eaux et les réseaux d'assainissement et la gestion des déchets). La BERD joue également un rôle consultatif dans le cadre de ces projets, notamment pour ce qui est de certains aspects législatifs.

E. Fédération internationale des ingénieurs-conseils

21. Le 30 août 1995, la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), organisation non gouvernementale ayant son siège à Lausanne (Suisse), a organisé un séminaire intitulé "La privatisation : de nouvelles perspectives pour les ingénieurs-conseils". Aux fins de ce séminaire, le mot "privatisation" était entendu comme englobant toute une gamme de nouvelles méthodes d'exécution des projets, notamment le mécanisme CET. Après un débat, les participants à ce séminaire sont convenus que la FIDIC devrait élaborer des conditions contractuelles applicables aux nouvelles méthodes de financement des projets.

III. UN CADRE JURIDIQUE APPROPRIÉ

A. Renforcement de la confiance des investisseurs étrangers

22. Le concept CET a été jusqu'ici essentiellement mis en pratique pour l'exécution de grands projets d'infrastructure exigeant des apports d'argent importants d'investisseurs privés. La plupart des fonds utilisés pour exécuter de tels projets proviennent en général d'emprunts auprès de banques commerciales et d'autres institutions financières. Toutefois, le remboursement des emprunts et la rémunération des investissements s'effectuent sur une longue période. Les prêteurs et les investisseurs escomptent donc que l'Etat hôte manifeste clairement son intention d'encourager les investissements privés à long terme et de les protéger de toute mesure d'expropriation ou de nationalisation sans dédommagement équitable.

23. L'Etat hôte peut notamment manifester une telle intention en offrant un cadre juridique solide qui encouragera les investissements privés et protégera le recouvrement de la rémunération de ces investissements. Il s'agit essentiellement d'une législation régissant les investissements et d'autres questions commerciales générales, qui ne sera pas nécessairement axée sur les projets CET. La présence d'une telle législation facilite la négociation de projets. En effet, faute d'une telle législation, les documents contractuels devront traiter de diverses questions et garanties qui seraient normalement régies par cette législation, ce qui compliquera encore le processus de négociation.

B. Domaines de la législation régissant les projets CET

24. La législation applicable, dans une certaine mesure, aux projets CET se répartit entre deux catégories. La première catégorie englobe les lois axées essentiellement sur la promotion des investissements étrangers privés. Les dispositions présentant un intérêt particulier pour les promoteurs de projets CET et leurs prêteurs porteront notamment sur la propriété privée des terrains et d'autres avoirs, sur le rapatriement des bénéfices, sur la convertibilité en devises et sur les marchés publics. La seconde catégorie englobe la législation commerciale générale du pays hôte, notamment la législation sur l'enregistrement des entreprises commerciales, la cession de créances commerciales, les marchés publics, ainsi qu'un cadre législatif approprié régissant les contrats commerciaux et les procédures de règlement des litiges.

25. Dans certains des domaines mentionnés ci-dessus, il existe des textes juridiques harmonisés, notamment des textes découlant des travaux de la Commission, qu'il serait bon que les Etats envisagent d'adopter. Il s'agit notamment de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, de la Loi

type de la CNUDCI sur les virements internationaux, de la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services, de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by et de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

26. Outre cette législation générale, il est souvent nécessaire de prévoir une législation plus spécifique pour la mise en oeuvre de certains aspects des projets CET. Une telle législation non seulement constitue pour les investisseurs potentiels une manifestation claire de l'intérêt de l'Etat pour les projets BOT, mais aussi facilite la participation du secteur privé à des projets du secteur public. Par exemple, dans la plupart des Etats, des infrastructures publiques sont traditionnellement financées et gérées, dans une large mesure, par des institutions du secteur public, généralement en situation de monopole. Dans la plupart des cas, il peut être nécessaire d'instaurer un cadre législatif permettant une participation du secteur privé et, en particulier, autorisant à faire payer le public pour l'utilisation de l'installation à construire ou pour le produit des installations. Certaines autres questions qu'il pourrait être utile de traiter dans une telle législation sur les projets CET sont présentées aux paragraphes 31 à 84.

C. Approches législatives actuelles relatives aux projets CET

27. Les approches législatives diffèrent parmi les Etats ayant adopté des lois relatives aux projets CET. Certains Etats ont adopté des lois régissant l'exécution des projets CET en général. Dans certains cas, ces lois énoncent des paramètres généraux pour la négociation de contrats CET par les pouvoirs publics. Cela présente l'avantage de permettre de négocier les contrats avec souplesse, en tenant compte des circonstances particulières à chaque projet. Les dispositions de ces lois portent en général sur les questions suivantes : autorisation d'octroyer des concessions au secteur privé pour des projets CET; indication des secteurs dans lesquels des projets CET peuvent être entrepris; règles générales relatives au mode de financement et aux incitations pouvant être accordées aux entités désireuses d'exécuter des projets CET (y compris diverses formes d'abattements fiscaux). Des dispositions sur la passation des marchés, notamment sur les méthodes de sollicitation et d'évaluation des offres ou des propositions, sont aussi parfois incluses dans ces lois.

28. Dans certains Etats, des lois sont adoptées afin de régir l'exécution de projets CET dans des secteurs particuliers (par exemple, la production d'énergie, le traitement des eaux, les routes à péage, les transports publics). En général, de telles lois comportent des dispositions sur les types d'installations du secteur réglementé pouvant être construites au moyen de projets CET, l'ampleur de la participation de l'Etat (y compris les installations ou locaux pouvant être cédés par l'Etat au consortium du projet), la délivrance d'autorisations concernant le recouvrement des bénéfices (y compris parfois des calculs détaillés relatifs aux prix pouvant être demandés pour le produit du projet). Ces lois comportent aussi parfois des dispositions spéciales sur la manière dont seront passés les marchés pour le projet.

29. Une autre approche législative en la matière consiste à adopter une loi sur l'exécution d'un projet CET particulier, les parties ne pouvant négocier que les détails de son exécution. En général, une telle loi définit la teneur minimum des obligations contractuelles liées à la réalisation du projet, notamment des questions telles que le délai maximum pour lequel une concession peut être octroyée, l'ampleur d'une participation éventuelle de l'Etat, les règles relatives à la passation des marchés, le mode de remboursement de la dette et de rapatriement des bénéfices et les conditions d'exploitation et de transfert du projet.

IV. APERCU DES QUESTIONS REGIES PAR LES LOIS NATIONALES

30. Afin de faciliter l'examen du champ d'application éventuel du texte que voudra peut-être élaborer la Commission dans ce domaine, les paragraphes 31 à 84 ci-après présentent un aperçu des questions et des solutions que l'on trouve dans les lois nationales. Lorsqu'il a élaboré le présent rapport, le Secrétariat a examiné des textes législatifs et réglementaires, ainsi que des projets de loi relatifs à des projets CET types émanant de 24 pays. On notera que, comme de nombreux pays ne disposent pas de lois particulières sur les projets CET, le Secrétariat a aussi

examiné des lois et règlements nationaux généralement applicables à l'exécution de projets d'infrastructure dans le cadre d'un arrangement de type CET, par exemple les lois et règlements sur la passation des marchés, les concessions de services publics et les services de distribution.

A. Dispositions générales

1. Domaines dans lesquels une concession peut être accordée

31. De nombreuses lois nationales énumèrent les domaines dans lesquels une concession peut être accordée, par exemple la production et la distribution d'énergie, les systèmes de traitement des eaux, les moyens de transport, les télécommunications et l'exploitation minière. Certaines lois disposent qu'une concession peut être accordée dans les domaines où l'Etat bénéficie d'un monopole établi par la loi. Il y a également des dispositions limitant les concessions pour des raisons de sécurité nationale.

2. Déclarations de politique générale

32. Certaines lois énoncent les principes généraux à respecter par les pouvoirs publics lorsqu'ils préparent et concluent des arrangements relatifs à des projets CET. Ces dispositions peuvent se limiter à des déclarations de politique générale (par exemple, aux termes desquelles des organes du secteur public sont encouragés à ouvrir les marchés et les secteurs industriels aux investissements privés et étrangers) ou indiquer également les facteurs à prendre en compte avant de décider d'accorder ou non une concession (par exemple, l'octroi d'une concession à une entité privée permettra-t-il de réaliser des économies, ou quels effets aura un projet CET sur le transfert de technologie ou sur la qualité des services ?).

3. Organes de l'Etat compétents

33. Certaines lois portent création d'un organe de l'Etat autorisé à conclure un accord de projet, alors que d'autres lois délèguent ces pouvoirs à des organismes existants. Selon certaines lois, une concession exige l'approbation d'une autorité supérieure, par exemple, le parlement, le conseil des ministres ou une autorité de tutelle.

34. Outre qu'elles exigent qu'une concession soit autorisée, les lois nationales exigent souvent que des licences soient octroyées pour les activités exécutées dans le cadre d'arrangements CET, par exemple, l'utilisation d'un terrain public à des fins particulières ou l'installation de certains équipements. Le pouvoir d'octroyer de telles licences peut être donné à des organes différents, à différents niveaux de la structure des pouvoirs publics. On trouvera ci-après quelques exemples de dispositions conçues pour faciliter et diligenter l'octroi de telles licences ; dispositions exigeant l'énumération de toutes les licences nécessaires dans l'instrument relatif à la concession, dispositions chargeant un organe spécifié de contrôler la délivrance des autorisations et d'aider le concessionnaire à traiter avec les organes compétents en la matière, dispositions permettant de s'adresser à un seul organe pour obtenir les licences nécessaires aux fins de l'obtention d'une concession; et dispositions relatives aux délais à respecter pour donner suite à une demande de licence.

4. Planification et coordination

35. Vu le rôle que les opérations CET peuvent jouer dans une économie nationale ou régionale, les lois prévoient différents moyens de planifier et de coordonner ces opérations, par exemple : élaboration d'un plan-cadre pour les projets pouvant faire l'objet d'une concession; pouvoir donné à un organe d'autoriser les arrangements CET; obligation faite à cet organe de consulter d'autres organes spécifiés avant de donner son autorisation; subordination de la concession à l'autorisation d'une collectivité locale, si cette concession porte sur une activité exécutée par un organe de cette collectivité; obligation d'aviser des organismes publics spécifiés d'une proposition de projet CET et de publier les détails du projet envisagé intéressant le public ou les investisseurs potentiels; obligation faite aux organismes publics de coordonner les mesures qu'ils prennent en cas de modification imprévue du projet CET.

36. En outre, dans le cas où il y a plusieurs arrangements CET indépendants, mais techniquement liés entre eux (par exemple, dans le domaine des services de télécommunications), il peut être nécessaire d'assurer la coordination entre les concessionnaires ou les concessionnaires potentiels, afin d'assurer la compatibilité des solutions techniques retenues. Cette coordination peut être facilitée si l'on exige que les accords relatifs aux projets comportent des dispositions appropriées sur la coordination ou si l'on dispose que des propositions seront faites aux concessionnaires.

5. Publicité et confidentialité

37. Les lois cherchent à établir un équilibre entre, d'une part, les intérêts de l'Etat ou du public, qui souhaitent avoir accès à certaines informations concernant les projets CET, et, d'autre part, les intérêts du concessionnaire, qui souhaite conserver certaines informations confidentielles. Les lois peuvent, par exemple, disposer que l'octroi de la concession et certaines clauses de l'accord de projet doivent être publiés ou doivent être accessibles au public. Parfois, les personnes ayant accès aux documents sont définies de manière plus restrictive, notamment par référence au type d'intérêt qu'elles ont pour le projet. Dans certains pays, des registres spéciaux des concessions sont tenus et le contrat n'est valide que s'il est enregistré. Par ailleurs, certaines lois garantissent la confidentialité de certaines informations que le concessionnaire n'est pas tenu de publier, par exemple, en disposant que les fonctionnaires ayant accès aux informations relatives à la concession sont tenus d'en préserver la confidentialité.

B. Octroi de la concession

1. Conditions préalables et autres conditions

38. Du fait de l'importance des investissements requis et de la nécessité d'assurer la viabilité financière du concessionnaire, certaines lois exigent que les capitaux de la société exploitant la concession (capitaux propres) ne soient pas inférieurs à un certain pourcentage de l'investissement total. Certaines lois disposent que le consortium du projet est seul responsable de l'obtention des moyens financiers requis ou limitent tout investissement public à un pourcentage donné de l'investissement total.

39. De nombreuses lois énoncent des critères et autres exigences auxquels doivent satisfaire les actionnaires du concessionnaire. Ces dispositions, par exemple, autorisent expressément des étrangers à détenir des actions du concessionnaire; limitent la propriété étrangère à un certain pourcentage et réservent le reste aux investisseurs nationaux; interdisent la participation de personnes liées à l'Etat (par exemple, des experts engagés par l'Etat, des fonctionnaires, des représentants élus et leur famille); obligent les actionnaires à divulguer leurs relations avec des sociétés exécutant la même activité que le concessionnaire; accordent une préférence spéciale à des actionnaires tels que les municipalités du pays hôte, pour ce qui est par exemple des droits de vote ou des droits lors de nouvelles émissions d'actions; établissent la responsabilité qu'ont les actionnaires de préparer les comptes finals du projet, qui doivent être présentés à l'Etat à l'expiration de la période de concession ou lorsqu'il est mis fin à la concession.

2. Préférence donnée aux entités nationales

40. On a pu recenser plusieurs dispositions donnant la préférence aux entités nationales lors de l'octroi d'une concession. Cela peut se faire lors du processus de sélection du concessionnaire; on peut aussi obliger le concessionnaire déjà choisi à donner la préférence à des tiers nationaux. Certaines lois obligent expressément l'entité adjudicatrice à informer d'un projet particulier et de l'invitation à présenter des offres toutes les entités nationales susceptibles d'être intéressées. En outre, lorsque des offres également avantageuses sont présentées, l'offre de l'entité nationale pourra parfois être retenue. De plus, les lois peuvent comporter des dispositions accordant des marges de préférence aux soumissionnaires qui s'engagent à employer de la main-d'oeuvre, des entrepreneurs ou des produits nationaux.

41. Un autre moyen de donner la préférence aux entités nationales consiste à contraindre le concessionnaire à utiliser des produits nationaux. La même approche est parfois retenue pour ce qui est de l'emploi de main-d'oeuvre

nationale; certaines lois disposent que, lors de phases précises du projet, le concessionnaire doit employer du personnel national. Pour ce qui est de savoir ce qui doit être considéré comme une entité nationale, les lois divergent : certaines font référence à la propriété, d'autres au statut juridique.

3. Sélection du concessionnaire

42. Les lois analysées ont pour point commun de comporter des dispositions sur le choix du concessionnaire. Dans certaines lois, l'Etat est dans une très large mesure libre de choisir la méthode de sélection, y compris les négociations directes avec un ou plusieurs concessionnaires éventuels. D'autres méthodes sont similaires à celles qui sont décrites dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, par exemple l'appel d'offres, l'appel d'offres restreint, l'appel d'offres en deux étapes, la sollicitation de propositions.

43. Dans certaines lois nationales, il est en principe obligatoire de recourir à l'appel d'offres public. Exceptionnellement, le recours à des négociations directes est autorisé, par exemple lorsqu'un appel d'offres public antérieur n'a pas abouti, lorsque le projet doit être financé entièrement au moyen de sources privées, ou en cas de proposition de projet CET non sollicitée.

44. En général, les lois comportent une liste des questions devant être mentionnées dans l'invitation à soumissionner et devant être examinées lors de l'évaluation de ces offres. Il s'agit par exemple de la structure du prix qu'imposera le concessionnaire, la possibilité d'augmenter ce prix, les subventions qui seront accordées ou qui devront être accordées par l'Etat au concessionnaire, le degré d'exclusivité dont bénéficiera le concessionnaire lors de l'exploitation du projet, la durée de la période de concession, l'extinction de la concession, le transfert par le concessionnaire du projet à l'Etat après la fin de la période de concession.

45. En cas de proposition non sollicitée, certaines lois autorisent des négociations directes avec le concessionnaire potentiel, alors que d'autres exigent que, si l'Etat est disposé à accorder une concession du type proposé, un appel d'offres public soit organisé sur la base des solutions techniques présentées dans la proposition non sollicitée. Dans ce cas, certaines lois autorisent l'octroi d'une marge de préférence (par exemple, 10 %) au soumissionnaire ayant présenté la proposition non sollicitée. L'objet de cette marge de préférence est de dédommager l'entrepreneur du coût de la préparation de la proposition non sollicitée et d'inciter les soumissionnaires à présenter de telles propositions.

46. Souvent, la société qui exploitera la concession n'aura pas encore été constituée au moment du choix du consortium du projet qui sera chargé du financement. C'est pourquoi, certaines lois traitent de l'obligation qu'a le consortium de constituer la société (concessionnaire) dans un délai donné après sa sélection, faute de quoi, l'Etat est en général libre d'octroyer la concession à une autre entité.

47. Il semble que, sauf exception mentionnée ci-après, les politiques qui sous-tendent les dispositions des lois nationales sur la sélection du concessionnaire sont pour l'essentiel les mêmes que celles qui sont énoncées dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services. Le processus de sélection du concessionnaire se caractérise notamment par le coût particulièrement élevé de la préparation des éléments techniques, commerciaux et financiers d'un projet CET, raison pour laquelle une marge de préférence est donnée aux concessionnaires potentiels ayant présenté une proposition non sollicitée. Des considérations particulières doivent également parfois être prises en compte lorsque plusieurs projets CET doivent être exécutés dans un secteur industriel où la concurrence est limitée (par exemple, les télécommunications ou l'approvisionnement en eau, en gaz ou en électricité). Dans ces cas, si l'Etat souhaite promouvoir la concurrence dans ces secteurs, il voudra peut-être accorder des concessions à plus d'un consortium, même si, sur la base de l'évaluation des autres éléments de propositions, il semblerait justifié d'octroyer la concession à un seul concessionnaire.

4. Sélection des sous-traitants

48. Les lois peuvent comporter les types suivants de dispositions sur le choix des sous-traitants du concessionnaire : l'obligation de spécifier dans l'offre le pourcentage de la valeur totale des travaux qui sera

sous-traité; l'obligation d'indiquer les sous-traitants avant que la concession ne soit accordée; le pourcentage minimum de la valeur du projet devant être sous-traité à des sociétés qui ne sont pas affiliées au consortium du projet; l'obligation de recourir à des méthodes concurrentielles, notamment l'appel d'offres, pour choisir les sous-traitants. Certaines lois comportent des dispositions favorisant l'octroi de contrats de sous-traitance à des sociétés du pays où le projet doit être exécuté (par exemple, mesures particulières ayant pour objet d'aviser les sous-traitants nationaux potentiels ou pour faire de la participation de sous-traitants nationaux un critère de sélection du concessionnaire).

49. Une institution internationale de financement dispose, dans ses directives concernant les marchés relatifs à des projets CET, que, si le concessionnaire a été choisi par une méthode concurrentielle appropriée, ce dernier est libre de choisir ses sous-traitants, alors que, si une méthode concurrentielle n'a pas été utilisée, une telle méthode doit l'être pour la sélection des sous-traitants.

5. L'accord de projet

50. La gamme des questions sur lesquelles doit porter l'accord de projet entre l'Etat et le concessionnaire est parfois spécifiée par la loi. Ainsi, certaines lois nationales exigent que l'accord de projet définisse les activités faisant l'objet de la concession. Certaines lois disposent que l'accord de projet doit comporter des dispositions sur les questions financières, par exemple le type et le montant de la garantie financière accordée par l'Etat pour l'exécution de l'accord de projet, le droit du concessionnaire sur les bénéfices tirés de l'activité concédée, l'obligation du concessionnaire de payer tous frais de concession à l'Etat, les critères ou méthodes utilisés pour déterminer et ajuster le prix pouvant être demandé par le concessionnaire. Les lois nationales peuvent également exiger que l'accord de projet prévoie une certaine supervision par l'Etat.

51. Certaines lois nationales peuvent définir plus avant les droits et obligations des parties en disposant que l'accord de projet doit régir des questions telles que les normes de qualité et le contrôle de l'exécution, la compensation accordée au concessionnaire en cas d'ajouts à l'installation ou d'améliorations de celle-ci, la responsabilité du concessionnaire en cas de manquement à ses obligations en vertu de l'accord de projet, y compris les pénalités ou dommages-intérêts spécifiés en cas de rupture du contrat, les conséquences d'un retard dans l'exécution du projet, la révision et la modification de l'accord de projet, la résiliation anticipée et le règlement des litiges.

52. Des lois nationales disposent également que l'accord de projet doit indiquer la préférence donnée, le cas échéant, par le concessionnaire à la main-d'oeuvre et aux fournisseurs nationaux, la formation des employés ou toute exigence relative à la protection de l'environnement, aux domaines protégés par la loi, à la sécurité nationale et à l'ordre public.

C. Droits et obligations du concessionnaire

1. Nature de la concession

53. Plusieurs lois comprennent des dispositions qui définissent le régime juridique de la concession et la nature des droits du concessionnaire. Ainsi, certaines lois disposent que la concession porte sur un service public, qu'elle est exploitée au nom de l'Etat, ou que le droit concédé doit être exercé dans l'intérêt général. En outre, les lois nationales disposent généralement que l'Etat conserve la propriété de tous les biens publics que couvre la concession, le concessionnaire en ayant uniquement l'usage et la jouissance.

2. Obligations

54. De nombreuses lois comprennent des dispositions qui définissent les obligations du concessionnaire découlant de l'accord de projet. Il s'agit essentiellement de l'obligation d'exécuter le projet et de fournir les services voulus de manière adéquate et diligente conformément aux termes de l'accord de projet. Les lois nationales peuvent également

imposer des obligations plus précises au concessionnaire, comme celle de contracter un certain type d'assurance, de fournir des garanties pour l'achèvement de différentes phases du projet (garantie de bonne exécution par exemple), d'utiliser et de transférer une technologie nouvelle lors de l'exécution du projet et de prendre soin de tout bien public.

3. Sources de recettes auxiliaires

55. Outre la partie principale de la concession, le concessionnaire peut être capable et désireux d'exécuter d'autres activités génératrices de recettes supplémentaires. Ainsi, dans le cadre d'une concession pour la construction et l'exploitation d'une route à péage, il peut obtenir l'autorisation d'aménager des terrains le long de ladite route afin de vendre des carburants, offrir des services de mécanique automobile, vendre des espaces publicitaires ou gérer des motels, des restaurants ou des boutiques. Grâce à ces activités auxiliaires, il peut accroître et diversifier ses sources de recettes et compenser ainsi le risque qu'il court de ne pas tirer de l'activité principale suffisamment de revenus pour dégager des bénéfices raisonnables. Des activités auxiliaires rentables peuvent aussi remplacer les garanties de l'Etat.

56. Certaines lois nationales indiquent expressément que le concessionnaire est uniquement autorisé à mener les activités liées à la concession et celles qui sont fonctionnellement rattachées à l'activité principale. D'autres mentionnent la possibilité de l'autoriser à fournir des services auxiliaires. Il est alors stipulé que l'Etat, lorsqu'il évalue les offres soumises par les consortiums s'intéressant au projet, tient également compte du nombre et de l'importance des services auxiliaires que les soumissionnaires pensent être autorisés à fournir. Certaines lois précisent si le concessionnaire peut ou ne peut pas bénéficier d'un certain degré d'exclusivité pour la fourniture de ces services. Dans les cas où il mène des activités auxiliaires, certaines dispositions lui interdisent de contraindre, directement ou indirectement, par contrat ou par l'emploi de spécifications techniques, les acheteurs de ses biens ou services principaux, à lui acheter également du matériel ou des services de maintenance auxiliaires.

4. Cession, sous-concession, nantissement

57. Les lois nationales ont des approches différentes en matière de cession, partielle ou totale, des droits du concessionnaire. Certaines l'autorisent, en la soumettant en général à l'approbation préalable de l'Etat, alors que d'autres l'interdisent totalement, quelle qu'en soit la forme. Parmi les lois qui l'autorisent, les solutions prévues sont aussi différentes. Dans certains pays, la loi permet uniquement la cession totale de la concession, y compris de tous les droits qui s'y rattachent, alors que dans d'autres elle autorise la cession partielle de certains droits.

58. De même, les lois nationales ne sont pas unanimes en ce qui concerne la possibilité pour le concessionnaire d'accorder des sous-concessions. Certaines exigent l'approbation préalable de l'Etat, alors que d'autres rejettent expressément cette pratique.

59. Certaines lois autorisent le concessionnaire à offrir les biens et les locaux qui font l'objet de la concession comme garantie de l'exécution de ses obligations. Dans ce cas, il est parfois exigé que ces biens et locaux continuent à être utilisés aux fins de la concession.

D. Obligations et engagements de l'Etat

1. Incitations financières et garanties

60. Bien que l'un des principaux objectifs des projets CET soit d'éviter que l'Etat ait à mobiliser des fonds publics pour leur exécution, dans beaucoup de ces projets, ce dernier apporte un soutien financier d'un type ou d'un autre, notamment des subventions, des prêts sans intérêts, l'exonération des droits de timbre et d'autres redevances, l'exonération ou l'abaissement des droits sur les importations de matériels utilisés pour le projet ou même une assurance d'un type ou d'un autre. Dans des cas où l'Etat fournit des garanties dans certaines limites, il peut, par exemple, garantir le droit du consortium du projet de convertir les devises gagnées dans le cadre de la concession dans une autre devise (en général librement convertible) ou la disponibilité d'un montant suffisant de devises.

étrangères pour permettre une telle conversion. L'Etat peut aussi garantir le droit de transférer les recettes du projet vers un pays étranger, le droit de vendre une certaine quantité des biens ou services résultant du projet à un organisme public (de façon à assurer des rentrées minima au concessionnaire) ou la possibilité d'obtenir des prêts à court terme ou des garanties pour ces prêts en cas de difficultés de trésorerie dues à des circonstances extraordinaires ou imprévues. L'Etat peut en outre garantir le remboursement d'une partie des prêts accordés au consortium du projet, ou encore garantir que le prix des biens ou des services que le concessionnaire lui fournit (ou le prix demandé aux clients, compte tenu du contrôle officiel des prix) sera suffisant pour couvrir les coûts et permettre un taux de rendement raisonnable.

61. Certaines autres lois ne précisent pas le type de garantie que l'Etat est autorisé à fournir. Les lois de ce type peuvent se limiter à indiquer que l'Etat peut donner des garanties ou que les garanties, si elles sont accordées, doivent être énoncées dans l'accord de projet ou encore que, lors de l'évaluation des offres des concessionnaires potentiels, l'Etat tient compte des garanties qui lui sont demandées. Enfin, certaines lois, apparemment fondées sur le principe que les projets CET ne doivent pas faire appel à des fonds publics, excluent complètement de telles incitations, ou les limitent à un certain pourcentage du montant total de l'investissement ou du capital social de l'entreprise qui exploite la concession.

2. Autres garanties

62. Les lois prévoient souvent, outre des garanties financières éventuelles, d'autres types de garanties au titre desquelles l'Etat doit par exemple accorder un traitement préférentiel au concessionnaire en ce qui concerne le droit d'utiliser des terrains, des routes et d'autres équipements publics auxiliaires; faire des efforts raisonnables pour construire l'infrastructure nécessaire à une exploitation satisfaisante des équipements du projet (liaisons routières, terminaux, etc.). Elles peuvent aussi disposer que l'accord de projet pourra garantir le maintien de certaines conditions et que, si ces conditions changent, le concessionnaire sera en droit de recevoir un dédommagement, que sa rémunération pourra être réajustée, voire que l'accord de projet pourra être résilié. Il existe en outre des dispositions analogues à celles qui figurent en règle générale dans les traités sur la protection des investissements, visant notamment à assurer le respect de la propriété privée et à garantir que toute reprise de la concession sera soumise à la décision d'un organisme d'Etat et donnera lieu à une indemnisation raisonnable.

3. Imposition

63. Certaines lois prévoient un régime fiscal préférentiel pour les projets CET, par le biais soit d'une disposition directe ou soit d'une disposition précisant qu'un tel régime est possible, sous réserve de l'approbation d'un organisme donné. Les avantages fiscaux varient d'un pays à l'autre et peuvent comprendre l'un quelconque des éléments suivants : taux d'imposition préférentiel des recettes, éventuellement échelonné sur plusieurs étapes du projet (par exemple, abattement important pendant une période donnée après la première année où des bénéfices sont dégagés et abattement réduit par la suite), taux d'imposition préférentiel des bénéfices expatriés, si un tel impôt spécial existe, impôt préférentiel sur le chiffre d'affaires pour les biens ou services produits par le projet CET, exemption de règlements douaniers.

E. Exploitation de la concession

1. Fixation et augmentation des prix

64. Etant donné que le concessionnaire exploite souvent un projet qui bénéficie d'un certain monopole, de nombreuses lois traitent, directement ou indirectement, de la question des prix des biens ou services offerts. Certaines lois n'abordent pas directement la politique d'ajustement des prix mais renvoient la question à l'accord de projet. D'autres, en revanche, établissent un système de contrôle des prix appliqués par le concessionnaire. Dans ce cas, c'est l'Etat ou un organisme de réglementation qui les fixe, ou bien le concessionnaire après l'approbation des pouvoirs publics. Enfin, dans les lois qui portent sur des projets spécifiques ou un domaine de concession bien déterminé, le concessionnaire peut être parfois libre de fixer les prix qu'il juge raisonnables.

65. Le contrôle de l'Etat sur la fixation et l'augmentation des prix est soumis à différentes règles. Certaines lois se limitent à énoncer que les prix doivent être justes, raisonnables ou équitables. D'autres énoncent des critères supplémentaires tels que les suivants : les prix ne doivent pas dépasser les montants nécessaires pour amortir l'investissement, couvrir les coûts et dégager des bénéfices raisonnables; ils peuvent être ajustés de manière à rétablir l'équilibre économique et financier initial du contrat; ils doivent être liés à un indice des prix; un ensemble de critères normalisés de contrôle de la qualité (tels que ceux qui ont été établis par l'Organisation internationale de normalisation) doit être utilisé pour mesurer la qualité des résultats. Il y a aussi des lois qui mentionnent, comme critère, les intérêts sociaux. En outre, certaines lois prévoient la possibilité d'une diminution des prix si les bénéfices du concessionnaire dépassent un taux de rendement des investissements préalablement fixé. Plusieurs limitent la fréquence des augmentations (par exemple, une fois par an).

66. En vertu de certaines lois, le concessionnaire a l'obligation de publier les prix ainsi que toute modification de ces derniers, et de s'en tenir à ceux qui ont été publiés. En outre, certaines lois exigent que les mêmes prix soient demandés à tous les clients (il en va de même pour d'autres conditions contractuelles). Parfois, le concessionnaire est autorisé à accorder un traitement différent à certaines catégories de clients. Lorsqu'il fournit différents types de biens ou de services, il peut aussi, selon certaines dispositions, bénéficier d'une "subvention interne", en ce sens qu'un prix peut être réduit, à condition qu'un autre soit augmenté comme il convient. Une loi dispose que, si l'Etat fixe un prix qui est inférieur au taux indiqué dans le contrat (ce qui peut se produire en raison, par exemple, de préoccupations sociales), il doit payer la différence. Une loi prévoit la possibilité de recourir à la conciliation et précise la composition de la commission et des procédures de conciliation, afin de faciliter la conclusion d'un accord sur le prix entre l'Etat et le concessionnaire.

2. Suivi de l'exécution du projet

67. Les lois nationales accordent souvent à l'Etat un certain niveau de contrôle et de suivi de la concession, mais les mécanismes d'application peuvent varier considérablement d'un cas à l'autre. Certaines lois exigent uniquement que l'accord de projet prévoie tel ou tel type de contrôle par l'Etat. D'autres comprennent des dispositions établissant un droit général de contrôle de l'Etat et vont même jusqu'à préciser divers droits, tels que celui d'avoir accès à tous les documents et livres, celui de pénétrer sur la propriété du concessionnaire, ou d'obtenir de ce dernier des rapports périodiques. Dans certains cas, l'Etat est habilité, dans différentes conditions et circonstances, à prendre temporairement le contrôle du projet et à en assurer l'exploitation. Certaines lois nationales disposent en outre que l'Etat doit détenir une action à droits particuliers ("golden share") dans la société concessionnaire lui permettant d'opposer son veto à certaines décisions, telles que la modification de la structure du capital ou les transferts d'actions. En outre, certaines lois prévoient la création d'un organe particulier ou d'un poste d'inspecteur spécial.

68. Par ailleurs, certaines lois habilite l'Etat à demander que le projet soit modifié, lorsque le plan original est jugé insuffisant ou lorsque l'intérêt général l'exige. Dans ce cas, des lois prévoient un dédommagement pour les dépenses supplémentaires encourues par le concessionnaire, alors que d'autres renvoient, pour le règlement de cette question, à l'accord de projet ou donnent au concessionnaire le droit de résilier le contrat.

F. Relations avec les clients

69. Un certain nombre de lois nationales contiennent des dispositions traitant spécifiquement de questions relatives aux clients. On trouvera ci-après des exemples de dispositions qui protègent les clients du concessionnaire : obligation de conclure un contrat avec toutes les parties intéressées, obligation de ne pas faire de discrimination à l'encontre de quelque groupe d'utilisateurs que ce soit, obligation de publier les conditions générales et les prix appliqués par le concessionnaire, dispositions imposant la soumission des conditions générales à un organe compétent pour approbation, obligation de délivrer des reçus aux clients qui le demandent, obligation de mettre en place une procédure d'enquête interne en cas de plaintes éventuelles des clients, droit des clients d'adresser des plaintes concernant les activités du concessionnaire à un organisme public et, en vertu de certaines lois, obligation dudit organisme d'examiner la plainte et de prendre une décision.

G. Relations avec les concurrents

70. Certaines lois disposent que, pour obtenir une concession, le concessionnaire doit conclure des accords, dont la teneur est précisée dans la concession, avec des concurrents qui fournissent des services ou biens identiques ou analogues. Ces accords peuvent porter sur l'emploi des mêmes normes techniques ou, par exemple dans le domaine des télécommunications, l'obligation de partager les infrastructures de communication.

H. Exécution des obligations du concessionnaire

1. Violation de l'accord

71. Un certain nombre de lois se limitent à exiger que l'accord de projet traite de la violation de l'accord par le concessionnaire et des conséquences de cette violation (en particulier le paiement de pénalités ou d'une indemnité forfaitaire, la résiliation de l'accord, le droit de réclamer paiement au titre des garanties données à l'Etat).

72. D'autres lois établissent en plus une distinction entre une violation pendant la période de construction et une violation pendant la période d'exploitation du projet, avec des exemples à l'appui, et prévoient différentes conséquences en fonction des cas.

73. D'autres lois traitent la violation dans le contexte de la résiliation de l'accord de projet et donnent des exemples de violation pouvant entraîner la résiliation (par exemple l'incapacité à réunir les fonds nécessaires à la construction de l'installation, à établir la documentation technique requise pour commencer les travaux, à respecter les réglementations techniques pendant la construction, à obtenir les investissements en temps voulu, à assurer la maintenance de l'installation conformément aux normes convenues, à fournir les informations convenues à l'Etat, à appliquer les normes minima pour les services, conformément aux conditions fixées dans l'accord, ou encore l'imposition de prix supérieurs à ce qui était permis en vertu de l'accord). Certaines lois disposent que l'accord de projet ne peut être résilié qu'en cas de violation grave.

74. Certaines lois contraignent le concessionnaire à indemniser l'Etat pour tout recours intenté contre ce dernier en raison des activités dudit concessionnaire.

2. Empêchements

75. Les lois nationales divergent considérablement en ce qui concerne les circonstances qui empêchent le concessionnaire de remplir ses obligations au titre de l'accord. Certaines prévoient la résiliation de l'accord si le concessionnaire n'est plus en mesure de faire face à ses obligations en raison de changements imprévisibles de circonstances, indépendants de sa volonté. D'autres prévoient la prolongation de la période de concession, de manière à donner au concessionnaire la possibilité de s'ajuster à la nouvelle situation. Dans ce cas, certaines lois envisagent la fourniture par l'Etat d'une assistance financière, alors que d'autres l'excluent totalement si elle n'avait pas été prévue initialement dans l'accord de projet. Un autre groupe de lois nationales autorise une révision de l'accord de projet, de manière à tenir compte du changement de situation.

I. Résiliation de la concession

1. Causes communes de résiliation

76. On trouve dans les lois nationales divers motifs de résiliation de la concession. Il s'agit en général de l'une ou plusieurs des causes suivantes : consentement mutuel, expiration de la période de concession, décès, dissolution ou faillite de l'entreprise concessionnaire, rachat de la concession par l'Etat, expropriation ou autre forme de saisie par l'Etat, changement des plans et priorités de l'Etat, intérêt général, défense ou sécurité nationale, violation grave de l'accord par l'une ou l'autre des parties.

77. Certaines lois énoncent les conséquences de la résiliation, en fonction de ses causes. En cas de faillite, par exemple, plusieurs prévoient un droit "d'ingérence" en faveur des tiers intéressés (en général les créanciers du concessionnaire), qui peut comprendre le droit de demander le transfert de la concession.

2. Prolongation

78. La prolongation de la concession au-delà de la période prévue est une possibilité qui n'est pas acceptée de la même manière dans toutes les lois nationales. Certaines autorisent une prolongation uniquement si celle-ci est expressément permise dans l'accord de projet et dans des circonstances précises. D'autres autorisent en général l'Etat à accorder une prolongation, à condition que le concessionnaire n'ait manqué à aucune de ses principales obligations. Certaines imposent une limite dans le temps, ou prévoient une seule prolongation sans appel d'offres. Certaines, toutefois, accordent au concessionnaire un droit à prolongation aux mêmes conditions, ou prévoient un renouvellement automatique si ni l'une ni l'autre des parties ne donnent de préavis de résiliation.

3. Transfert du projet à l'Etat

79. Les lois examinées ont pour caractéristique commune de prévoir le transfert de l'intégralité du projet à l'Etat, sans frais ni passif, à expiration de la concession. En outre, certaines lois nationales permettent un transfert avant l'expiration de la concession par rachat par l'Etat et paiement d'une indemnité raisonnable au concessionnaire.

80. On trouve cependant différentes solutions concernant la procédure suivie. En vertu de certaines lois nationales, le transfert a lieu automatiquement à la fin de la période de concession, mais selon d'autres, il faut qu'il y ait acte de transfert par le concessionnaire. Les lois nationales diffèrent également en ce qui concerne le type de biens à transférer. Certaines font une distinction entre les biens qui sont originellement attachés à la concession, et qui doivent être rendus à l'Etat, et les biens qui ont été acquis pendant la période de concession aux fins de l'exploitation du projet et que le concessionnaire peut conserver ou pour lesquels il peut demander une indemnisation.

81. Certaines lois nationales donnent à l'Etat la possibilité de demander, au lieu du transfert, le démantèlement complet des installations du projet aux frais du concessionnaire si, à la fin de la concession, il décide qu'il n'est pas dans l'intérêt national de conserver ces installations.

J. Dispositions diverses

1. Loi applicable

82. Nombre des lois analysées comprennent des dispositions sur la loi qui régit l'accord de projet. Certaines prévoient l'applicabilité de la législation de l'Etat qui accorde la concession. Quelques-unes précisent qu'une concession constitue un accord relevant du droit privé, et plus particulièrement du droit des contrats, alors que d'autres disposent qu'une concession relève du droit public et que c'est le droit administratif qui s'applique.

83. D'autres lois autorisent expressément le choix d'une législation nationale autre que celle de l'Etat qui accorde la concession; certaines précisent les questions auxquelles s'applique la législation de l'Etat qui accorde la concession, quel que soit l'accord sur la loi applicable (par exemple, transfert de technologie, comptabilité, statistiques, relations du travail, contrôle des changes, régime des exportations et des importations, résidence des personnes et réglementation concernant les voyages). Une loi permet, outre le recours à la législation nationale pour certaines questions, l'application des principes pertinents du droit international et, si les parties à un litige en conviennent, l'application des principes d'équité.

2. Règlement des litiges

84. Certaines lois énoncent que l'accord de projet doit contenir une clause sur le règlement des litiges, sans donner toutefois d'indications précises sur sa teneur. D'autres prévoient que tout litige doit être réglé par les tribunaux

compétents de l'Etat qui accorde la concession. D'autres encore autorisent expressément l'arbitrage; selon une loi, une procédure d'arbitrage peut être convenue à condition que cela ait été stipulé dans l'appel d'offres; aux termes d'une autre loi, tout arbitrage doit avoir lieu dans l'Etat où a été accordée la concession. Il existe aussi des lois qui prévoient qu'une procédure de conciliation doit être tentée avant de recourir à un règlement du litige ayant force obligatoire.

V. CONCLUSION

85. Les opérations de type CET peuvent jouer un rôle fondamental dans la politique économique d'un Etat. Selon l'expérience d'un grand nombre de pays, il est nécessaire, pour attirer les investisseurs vers des projets CET, d'adopter une législation sur ce type d'opération. Le chapitre IV du présent document passe brièvement en revue les lois existantes en la matière.

86. Les solutions que l'on trouve dans les lois nationales révèlent des divergences, ainsi que des différences dans le niveau de détail et de complexité. Si certains Etats ont mis en place une législation générale sur les projets CET, d'autres, par contre, ont adopté des textes portant plus précisément sur divers secteurs industriels, tels que l'électricité, la construction de terminaux maritimes ou d'installations de traitement des eaux. Dans certains cas, des lois ont été adoptées pour des projets CET particuliers.

87. Les lois nationales proposent également des solutions différentes à des questions apparemment analogues ou identiques, solutions qui sont susceptibles d'avoir un impact sur la capacité du pays à attirer les investissements étrangers par le biais de projets CET. Ces dissemblances peuvent découler de différences dans les politiques sous-jacentes; ces politiques, et la façon dont elles sont traduites dans les textes législatifs, peuvent aussi dépendre du champ d'application de la loi (opérations CET en général ou projets dans un secteur industriel uniquement). Toutefois, la diversité des solutions nationales peut également, dans une certaine mesure, tenir au fait que les rédacteurs des lois n'avaient pas accès aux données d'expérience et aux solutions d'autres Etats et ne disposaient pas de solutions types, en particulier de procédures harmonisées au plan international.

88. Comme on l'a vu aux paragraphes 11 à 21, les organisations qui ont effectué des travaux dans le domaine des opérations CET ne cherchent pas à donner des orientations générales aux législateurs nationaux concernant ce type d'opérations.

89. La Commission souhaitera peut-être conclure qu'il serait utile que les Etats bénéficient de conseils sur le plan législatif pour l'élaboration ou la modernisation de leurs lois sur les projets CET et qu'elle devrait offrir ce type de conseils.

90. Pour ce qui est de la forme, la Commission estimera peut-être que tout travail préparatoire devra avoir pour objectif de guider le législateur en décrivant les objectifs législatifs, en examinant les solutions possibles pour les atteindre et en étudiant leurs avantages et leurs inconvénients. La Commission souhaitera peut-être déterminer, en fonction des progrès des travaux, s'il est possible et souhaitable d'élaborer une loi type.

91. Si la Commission décide d'entreprendre des travaux dans le domaine des opérations CET, elle souhaitera peut-être demander au Secrétariat d'examiner, avec l'aide d'un groupe d'experts et en coopération avec d'autres organisations internationales ayant des connaissances spécialisées en la matière, les questions sur lesquelles il pourrait être utile de donner des conseils de caractère législatif et de préparer les premiers projets de chapitres d'un guide aux fins d'examen par la Commission. Pour ce qui est de la portée des travaux, la Commission souhaitera peut-être considérer que ces derniers doivent porter, tout au moins au départ, sur les projets CET en général. Il pourrait être ensuite décidé, au cours des travaux préparatoires, d'examiner l'utilité de l'ajout de considérations spéciales ou de dispositions types relatives à certains secteurs industriels.

92. Pour ce qui est des travaux sur les aspects contractuels des projets CET, la Commission souhaitera peut-être demander au Secrétariat de continuer à suivre les travaux d'autres organisations telles que la Commission économique pour l'Europe et la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC). Elle pourrait, à la lumière

de leurs travaux, envisager en temps opportun des formes de coopération avec ces organisations (par exemple, examen de leurs projets et recommandations sur le sujet par un groupe de travail aux fins d'approbation ultérieure par la Commission). Elle pourrait aussi décider d'élaborer elle-même un guide juridique sur certains types de clauses contractuelles des accords de projet entre les Etats et les concessionnaires, qui posent des problèmes particuliers.