



Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE

A/CN.9/438/Add.3
23 décembre 1996

FRANÇAIS
Original : ANGLAIS

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

PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

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

Rapport du Secrétaire général

Additif

Chapitre V. MESURES PRÉPARATOIRES

Section	Paragraphes	Page
A. Le site du projet	1 - 23	2
1. Acquisition de terrains pour la construction de l'installation	1 - 15	2
2. Droit de passage et autres servitudes	16 - 23	4
B. Constitution du concessionnaire	24 - 37	6
1. Le concessionnaire en tant que consortium	24 - 28	6
2. Le concessionnaire en tant que personne morale indépendante	29 - 37	7
C. Autorisations et licences	38 - 44	9

A. Le site du projet

1. Acquisition de terrains pour la construction de l'installation

1. L'une des principales mesures préparatoires à prendre avant d'exécuter un projet d'infrastructure consiste à acquérir les terrains et autres biens requis pour la construction de l'installation. Souvent, ces terrains sont fournis par l'État hôte mais, parfois, ils sont achetés par les promoteurs du projet. Dans ces deux cas, la législation du pays hôte peut jouer un rôle important en facilitant l'acquisition des terrains requis, ce qui permet de diligenter l'exécution du projet.

2. Lorsqu'une nouvelle infrastructure doit être construite sur des terrains appartenant à l'État hôte, ou qu'une infrastructure existante doit être modernisée ou rénovée (par exemple dans le cas des projets "modernisation-exploitation-transfert" ou "rénovation-exploitation-transfert"), c'est normalement à l'État hôte, en tant que propriétaire, de mettre ces terrains ou installations à la disposition de la société du projet. L'État hôte peut soit transférer à la société le titre de propriété des terrains ou installations, soit conserver ce titre de propriété, tout en donnant à la société un droit d'utilisation et de construction. Cette question est examinée au chapitre VI ci-après, "L'accord de projet" [non encore rédigé].

3. Certains pays ont adopté des dispositions détaillées sur la préservation et la protection des biens de l'État, prévoyant des procédures et autorisations particulières pour le transfert de propriété à des entités privées ou l'octroi à des entités privées du droit d'utiliser des biens de l'État. Quel que soit le choix fait par l'État hôte en ce qui concerne la propriété de l'infrastructure à construire, à moderniser ou à rénover, il sera sans doute souhaitable que la loi autorise l'État à transférer ou à fournir à la société du projet tout terrain ou toute infrastructure existante requis pour l'exécution du projet.

4. Que l'installation d'infrastructure doive être transférée à l'État hôte, ou qu'elle doive rester la propriété de la société du projet, les parties souhaiteront sans doute déterminer la valeur et l'état des terrains et installations au moment de leur remise à la société du projet. C'est pourquoi, outre les questions qui seront normalement traitées dans l'accord de projet (par exemple, les procédures de remise des terrains ou installations, la documentation requise, les droits de timbre), il sera sans doute utile que la loi dispose que ces terrains et installations devront être inspectés, mesurés et délimités, avant d'être transférés ou fournis à la société du projet. La disposition à cet effet, combinée à l'autorisation donnée aux pouvoirs publics de transférer les terrains à la société du projet, pourrait être rédigée comme suit :

1. Le Gouvernement est autorisé à fournir au concessionnaire les terrains, bâtiments ou autres biens requis pour l'exécution du projet pendant la durée de la période de concession.

2. L'accord de projet énonce les procédures d'inspection, de délimitation et d'évaluation des terrains, bâtiments et autres biens et les procédures de détermination de l'état dans lequel ils se trouvent avant d'être mis à la disposition du concessionnaire.

5. La situation peut être plus complexe lorsqu'une nouvelle infrastructure doit être construite sur un terrain qui n'appartient pas encore à l'État hôte et qui doit être acheté à ses propriétaires. Les lois nationales prévoient souvent que l'État hôte doit acquérir les terrains et les mettre à disposition aux fins du projet, encore que, parfois, les terrains requis soient achetés par les promoteurs du projet.

6. L'acquisition des terrains par la société du projet peut être la solution retenue pour les projets tirant leur origine d'une proposition non sollicitée, émanant du secteur privé. Notamment dans le cas d'installations d'infrastructure au potentiel commercial relativement élevé, qui ne sont pas considérées comme une priorité nationale, l'État hôte peut ne pas se sentir obligé de s'engager à acquérir les terrains et à les fournir à la société du projet. Toutefois, il peut jouer un rôle important en aidant la société à obtenir les autorisations et licences requises pour acquérir ces terrains, ou en levant les restrictions ou interdictions, peut-être de caractère législatif, qui pourraient faire obstacle à l'acquisition des terrains par la société du projet.

7. Dans la plupart des cas, toutefois, la société du projet répugnera à prendre en charge l'acquisition des terrains requis. Elle pourra craindre les retards et les dépenses qu'entraîneront des négociations avec, peut-être, un grand nombre de propriétaires différents et craindre, comme c'est le cas dans certaines régions du monde, de devoir entreprendre des recherches complexes sur les titres de propriété et examiner des transferts successifs de propriété, afin de pouvoir établir la régularité des titres de chaque propriétaire. En outre, la publicité faite à l'infrastructure envisagée risque de relever les prix des terrains, de sorte que la somme payée en définitive par la société du projet dépassera sans doute les estimations initiales. Dans le cas des projets identifiés par le pays hôte, celui-ci peut avoir intérêt à éviter tout retard superflu ou toute augmentation du coût du projet imputable à l'acquisition des terrains requis.

8. Afin d'éliminer les obstacles susmentionnés, l'État hôte voudra peut-être se charger de fournir les terrains requis pour l'exécution du projet, soit en les achetant auprès de leurs propriétaires, soit en les acquérant par expropriation. Certains pays disposent de lois particulières régissant les procédures d'expropriation, qui peuvent être applicables aux expropriations requises pour des projets d'infrastructure à financement privé. Dans certains pays, les procédures d'expropriation varient selon leur objectif. Bien que les conditions et procédures d'expropriation divergent fortement selon les systèmes juridiques, elles comportent souvent au moins deux phases distinctes.

9. La nécessité d'exproprier peut être déterminée lors d'une phase initiale, durant laquelle l'intention du Gouvernement de procéder à des expropriations est portée à la connaissance des propriétaires ou propriétaires supposés. Dans certains pays, les pouvoirs publics peuvent être tenus de tenter d'acquérir les terrains ou biens requis auprès de leurs propriétaires, avant de recourir à des mesures de contrainte. Dans d'autres, il peut ne pas y avoir de telles restrictions. Dans certains pays, les pouvoirs publics sont tenus, avant de procéder à l'expropriation, d'aviser le propriétaire ou le public de leur intention d'exproprier, au moyen d'un acte spécial. Cet acte de notification prend différents noms selon les systèmes juridiques, par exemple "déclaration d'utilité publique" ou "condemnation decree". Pour plus de facilité, cet acte est ci-après désigné sous le nom de "décret d'expropriation".

10. L'émission d'un tel acte est souvent suivie d'une deuxième phase, durant laquelle le dédommagement dû au propriétaire est évalué et payé. Dans certains pays, toute la procédure d'expropriation relève de l'administration, alors que dans d'autres, la deuxième phase de la procédure prend la forme d'une action en justice. Souvent, les pouvoirs publics ne peuvent être propriétaires des biens et être autorisés à en prendre possession que si un dédommagement approprié est versé aux propriétaires, et pas avant. Toutefois, dans certaines circonstances, par exemple dans des cas d'urgence ou en cas de nécessité liée à l'intérêt public, certaines lois habilent le tribunal ou toute autre autorité présidant à la procédure d'expropriation à autoriser les pouvoirs publics à prendre possession des biens immédiatement après l'ouverture de la procédure, souvent sous réserve du dépôt d'une somme calculée en fonction de la valeur du bien.

11. Le droit d'exproprier des biens privés est en général réservé aux pouvoirs publics, mais les lois d'un certain nombre de pays donnent également ce droit à d'autres entités. Certaines lois autorisent des entités non publiques exécutant certaines activités, comme des entreprises ou concessionnaires de services publics (par exemple des sociétés de chemins de fer, compagnies d'électricité, compagnies de téléphone), à prendre certaines mesures d'expropriation de biens privés requis pour fournir ou développer les services offerts au public. Toutefois, la participation des pouvoirs publics est toujours requise, dans une certaine mesure. Par exemple, la loi peut disposer que les pouvoirs publics doivent émettre le décret d'expropriation, le concessionnaire étant responsable de toutes les mesures ultérieures d'expropriation, y compris le dédommagement des propriétaires.

12. Les procédures d'expropriation sont en général longues et complexes. Elles font souvent intervenir des fonctionnaires de différents ministères, à différents niveaux de la structure de l'État. La procédure peut être particulièrement longue dans certains pays où l'expropriation prend la forme d'une procédure judiciaire. Le pays hôte voudra peut-être examiner les dispositions actuelles relatives à l'expropriation dans l'intérêt public, afin de déterminer si elles sont adaptées aux besoins des grands projets d'infrastructure et si elles permettent des procédures rapides et peu onéreuses, compte dûment tenu des droits des propriétaires.

13. Dans des pays où la loi prévoit plus d'un type de procédures d'expropriation, il a été jugé souhaitable de disposer que toutes les expropriations requises pour des projets d'infrastructure à financement privé seraient

effectuées selon la procédure la plus rapide, par exemple la procédure spéciale appliquée dans certains pays en cas d'urgence ou de nécessité liée à l'intérêt public. Dans certains pays, il a également été jugé utile de recourir à la possibilité donnée par la loi de déléguer au concessionnaire le droit de procéder à l'expropriation, les pouvoirs publics restant responsables de l'accomplissement des actes qui, en vertu de la législation pertinente, constituent les conditions légales de l'ouverture d'une procédure d'expropriation (voir le paragraphe 9 ci-dessus). Il peut être avantageux, tant pour les pouvoirs publics que pour la société du projet, de recourir à cette possibilité, notamment dans les pays où le dédommagement des propriétaires expropriés fait l'objet d'une procédure judiciaire, lorsque les parties comptent que le concessionnaire fera sans doute preuve de plus de diligence que les pouvoirs publics. Les parties peuvent convenir que le coût total de l'expropriation sera supporté par la société du projet, ou que le pays hôte supportera une partie de ces coûts.

14. De telles mesures permettront sans doute de commencer d'entreprendre les travaux peu après l'octroi du projet à la société, sans qu'il soit nécessaire d'attendre le règlement définitif de la question du dédommagement à payer aux propriétaires. A cette fin, dans les pays où ces mesures sont autorisées par la législation pertinente, les lois traitant expressément des projets d'infrastructure à financement privé pourraient ne comporter que des dispositions essentielles et faire référence à d'autres lois, comme dans l'exemple ci-après :

1. Sauf disposition contraire de la présente loi, l'expropriation de propriétaires privés requise pour la construction d'une installation d'infrastructure en application de la présente loi se fait conformément aux procédures énoncées dans [indiquer les lois régissant les procédures d'expropriation].

2. Le Gouvernement est tenu d'émettre [le décret d'expropriation] [et d'exécuter les autres actes requis en vertu de la loi applicable à l'expropriation].

3. Le Gouvernement peut autoriser le concessionnaire à procéder à l'expropriation, auquel cas [option 1 : le concessionnaire supporte tous les coûts liés à la procédure d'expropriation] [option 2 : l'accord de projet énonce les obligations respectives du Gouvernement et du concessionnaire en ce qui concerne les coûts liés à la procédure d'expropriation], y compris le paiement d'un dédommagement du fait de l'expropriation, les frais d'avocat et les frais de justice.

4. Le tribunal ou toute autre autorité compétente peuvent autoriser le concessionnaire à prendre possession des biens dès l'ouverture de la procédure d'expropriation [et le versement d'un montant correspondant à la valeur des biens].

15. Dès l'expropriation, le titre de propriété des terrains est souvent conféré aux pouvoirs publics, bien que, dans certains cas, la loi puisse autoriser les pouvoirs publics et la société du projet de convenir d'un arrangement différent, compte tenu de la répartition entre eux du coût de l'expropriation (voir chap. VI, " L'accord de projet" [non encore rédigé]).

2. Droit de passage et autres servitudes

16. Outre l'acquisition des terrains requis pour la construction de l'installation, il peut être nécessaire d'assurer l'accès de la société du projet à ces terrains, dans les cas où l'emplacement du projet est tel que son accès exige un passage sur le terrain de tiers. Ce droit est souvent désigné dans les lois nationales par des expressions telles que "droit de passage". La nature du projet peut être telle qu'elle exige que la société du projet ait accès à des terrains appartenant à des tiers (par exemple pour placer des installations fixes ou des câbles, ou pour fournir des services directement à ses clients, notamment dans le cas de la distribution de gaz, d'eau ou d'électricité). Ces droits d'utiliser la propriété d'une autre personne ou d'y faire des travaux sont souvent désignés sous le nom de "servitudes" ou autres termes similaires. Les droits de passage, servitudes et droits similaires sont ci-après désignés collectivement sous le nom de "servitudes".

17. Les servitudes exigent en général le consentement du propriétaire du terrain qu'elles grèvent, à moins qu'elles ne soient prévues par la loi. En général, il y a trois moyens pour la société du projet d'obtenir de telles servitudes.

Elle peut les acquérir directement auprès des propriétaires des terrains en question; les pouvoirs publics peuvent les acquérir et les transférer à la société du projet; ou la loi peut les octroyer directement à la société du projet.

18. Dans certains cas, les pouvoirs publics peuvent préférer laisser la société du projet négocier ces servitudes avec les propriétaires des terrains. Il ne sera alors peut-être pas nécessaire d'énoncer une disposition législative à ce propos et les parties pourront prévoir dans l'accord de projet que la société du projet sera seule responsable de l'acquisition de ces droits. Les parties jugeront sans doute qu'une telle procédure est possible pour les projets où les servitudes ne concernent qu'un nombre donné de terrains auparavant identifiés, adjacents au site du projet. Toutefois, dans d'autres cas, elle ne constituera pas une solution rapide ou rentable, notamment lorsque la société doit obtenir des servitudes auprès de nombreux propriétaires. Les pouvoirs publics pourront alors préférer se faire attribuer les servitudes requises et les transférer à la société du projet.

19. Dans les cas où le site du projet est acquis par les pouvoirs publics ou la société du projet par expropriation, la question des servitudes peut être traitée dans le cadre de cette procédure. L'expropriation peut ainsi être définie comme englobant, outre le site du projet, les servitudes grevant d'autres terrains, dans la mesure requise pour l'exécution du projet.

20. Le type des servitudes requises par la société du projet dépendra souvent de la nature du projet. Il peut s'agir du droit de placer des panneaux sur des terrains adjacents, dans le cas de routes ou de chemins de fer; du droit d'installer des poteaux ou des lignes électriques sur la propriété de tiers, dans le cas de la distribution d'électricité; du droit d'installer et d'entretenir des transformateurs ou commutateurs; du droit de tailler sur les terrains contigus les arbres gênant les lignes téléphoniques. Vu la diversité des servitudes requises, les pouvoirs publics jugeront peut-être préférable de ne pas les définir de manière plus précise, étant entendu qu'elles seront déterminées séparément pour chaque projet.

21. Une disposition du type de celle qui est présentée ci-après pourrait énoncer une autorisation générale d'octroi des servitudes requises pour le projet par voie d'expropriation, sans limitation quant à leur portée :

Outre les terrains requis pour la construction de l'installation, le Gouvernement [le concessionnaire] peut établir sur d'autres terrains les servitudes nécessaires pour assurer l'accès du concessionnaire à l'installation, la construction ou la mise en place, sur ces autres terrains ou au-dessus de ces autres terrains, ainsi que l'entretien des équipements nécessaires au fonctionnement de l'installation et à la fourniture des services correspondants.

22. Une autre solution, quelque peu différente, est possible : la loi elle-même peut prévoir le type de servitudes accordées à la société du projet, sans nécessairement exiger l'expropriation des terrains grevés desdites servitudes : une telle solution peut être retenue dans des secteurs particuliers pour lesquels l'État hôte juge possible de déterminer par avance les servitudes qui pourront être requises par la société du projet. Par exemple, une loi particulière au secteur de la production d'électricité pourrait accorder les servitudes suivantes :

Le concessionnaire a le droit d'installer des câbles, afin de mettre en place et d'exploiter des réseaux de base et réseaux de distribution, sur des terrains appartenant à des tiers, qui autoriseront le concessionnaire à prendre les mesures suivantes :

- a) Installer ou placer des câbles souterrains et aériens et mettre en place les supports de ces câbles et les transformateurs et commutateurs nécessaires;
- b) Entretien, réparer et retirer l'un ou l'autre de ces équipements;
- c) Établir une zone de sécurité le long du parcours des câbles souterrains ou aériens;
- d) Retirer les obstacles situés le long des câbles, ou empiétant sur la zone de sécurité.

23. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, la société du projet sera tenue de dédommager le propriétaire, comme s'il y avait eu expropriation, lorsque la nature de la servitude est telle que la jouissance de son bien par le propriétaire est sérieusement entravée.

B. Constitution du concessionnaire

1. Le concessionnaire en tant que consortium

24. Les lois nationales sur les projets d'infrastructure à financement privé comportent souvent des dispositions relatives au statut juridique du concessionnaire et traitent de la question de savoir si le concessionnaire doit être constitué en tant que personne morale indépendante ou si le projet peut être octroyé collectivement aux différents promoteurs du projet réunis dans un consortium. Dans certains pays, la loi exige que la société du projet soit constituée en tant que personne morale indépendante (voir la sous-section 2 ci-après), alors que, dans d'autres, la loi autorise l'octroi d'un projet à un consortium rassemblant les promoteurs du projet.

25. Selon la pratique commerciale, un consortium est un arrangement contractuel aux termes duquel un groupe d'entreprises s'engage à coopérer pour l'exécution d'un projet sans se fondre en une personne morale indépendante. Les consortiums sont très courants dans l'industrie de la construction, pour l'exécution de grands projets à forte intensité de capital, exigeant des compétences techniques dans des domaines différents. Ils sont en général considérés comme des arrangements purement contractuels, n'ayant pas de personnalité juridique propre. Toutefois, il n'y a pas de régime juridique uniforme régissant les consortiums, qui peuvent entrer dans des catégories contractuelles différentes selon les lois nationales. De ce fait, le statut juridique du consortium et les droits et obligations de ses membres varient selon les systèmes juridiques.

26. Dans le cas des petits projets, ou projets de courte durée, faisant intervenir peu de promoteurs, la constitution d'un consortium peut présenter des avantages : par exemple, les relations entre les promoteurs du projet, de même que leurs rapports avec leurs partenaires commerciaux, sont plus souples que dans le cas d'une coentreprise constituée. Ce peut être aussi pour éviter une double imposition que l'on choisit de ne pas constituer une entité juridique indépendante dans l'État hôte, lorsqu'il n'y a pas d'accord bilatéral sur la double imposition entre l'État hôte et le pays ou les pays où les investisseurs étrangers ont leur siège. Toutefois, pour les projets importants, à long terme, financés au moyen de prêts "sans recours", un consortium ne constitue normalement pas une solution viable. Ce n'est alors pas un mécanisme adapté pour emprunter des fonds car, dans de nombreuses juridictions, les membres du consortium auront une responsabilité résiduelle et illimitée pour ce qui est des obligations du consortium. En outre, un consortium n'aura peut-être pas accès aux marchés financiers, dans les cas où seules les sociétés sont autorisées par la loi à émettre des effets de commerce et titres tels qu'actions, obligations, etc.

27. Du point de vue de l'État hôte également, il sera normalement préférable que les promoteurs du projet se constituent en personne morale indépendante dans le pays (voir ci-après, sous-section 2). Toutefois, dans certains cas, l'État hôte souhaitera peut-être conserver la possibilité d'engager un consortium pour l'exécution d'un projet d'infrastructure, compte tenu de l'ampleur et de la nature du projet, ou afin que tous les promoteurs du projet soient solidairement responsables de la totalité du projet. Dans ces pays, une décision sur la forme souhaitable de l'arrangement à conclure devra sans doute être prise, compte tenu des caractéristiques de chaque projet ou type d'infrastructure. À cette fin, la loi pourra donner à l'entité adjudicatrice le choix d'octroyer le projet à un consortium, ou d'exiger qu'une personne morale distincte soit constituée par le groupe de promoteurs, en fonction des besoins du projet. Si l'entité adjudicatrice estime qu'il n'est pas nécessaire d'exiger la constitution de la société du projet en personne morale indépendante, la loi pourra traiter des problèmes de coordination qui risqueront de se poser en ce qui concerne les relations avec le consortium et préciser les responsabilités de ses membres. Elle pourra, par exemple, exiger qu'un membre du consortium soit désigné comme responsable du projet vis-à-vis de l'État hôte tout en disposant que les autres membres du consortium resteront conjointement et solidairement responsables envers l'État hôte de l'exécution du projet. On trouvera ci-après un exemple de disposition à cet effet :

1. Lorsque les consortiums sont autorisés à soumettre des offres (propositions), l'appel d'offres [la sollicitation de propositions] peut spécifier que l'entité adjudicatrice a la possibilité d'exiger que,

s'il est sélectionné, le consortium devra se constituer en personne morale indépendante avant la signature de l'accord de projet.

2. Si l'entité adjudicatrice n'exige pas la constitution d'une personne morale indépendante, elle exige ce qui suit :

a) Soumission d'une preuve écrite de l'accord portant création du consortium signé par tous ses membres; et

b) Nomination d'un de ses membres comme dirigeant du consortium, responsable envers le Gouvernement de l'exécution du projet.

3. La nomination d'un dirigeant du consortium n'a pas d'incidences sur la responsabilité conjointe et solidaire des autres membres du consortium envers le Gouvernement pour l'exécution et l'exploitation du projet. L'accord de projet est signé par tous les membres du consortium.

28. Une telle disposition permettra sans doute de remédier à certains des inconvénients les plus évidents du choix d'un consortium pour l'exécution d'un projet. Toutefois, certaines questions devront, quoi qu'il en soit, être traitées dans l'accord de projet et des négociations approfondies et des dispositions détaillées seront sans doute nécessaires, afin d'assurer la coordination entre les membres du consortium et les relations avec l'État hôte et afin de préciser l'ampleur des responsabilités et obligations de chacun des membres du consortium dans le cadre de l'exécution du projet¹.

2. Le concessionnaire en tant que personne morale indépendante

29. Dans la plupart des cas, la loi exige que le concessionnaire soit une personne morale indépendante ayant été constituée avant ou immédiatement après l'octroi du projet. Parfois, la loi comporte des dispositions plus détaillées régissant des questions telles que le capital social minimum, la forme de la société et son objet.

30. Pour diverses raisons, la structure normalement retenue pour les projets d'infrastructure est une société constituée en personne morale indépendante dans l'État hôte. Il est relativement simple de conférer tous les droits, actifs et obligations liés aux projets à une personne morale indépendante unique. Dans ce cas, la participation directe d'autres parties telles que les promoteurs du projet, peut être limitée et la société du projet conclut l'accord de projet et d'autres instruments en son nom propre et dispose de son propre personnel et de sa propre direction. La constitution d'une personne morale indépendante permet également de protéger les intérêts du projet, qui ne coïncident pas nécessairement avec les intérêts individuels des différents promoteurs du projet. Cet aspect revêt une importance particulière pour les projets dans le cadre desquels une grande partie des services ou fournitures requis doivent provenir des promoteurs du projet. Comme une bonne part des responsabilités et obligations de la société du projet, notamment ses obligations et responsabilités à long terme (accord de projet, accords de prêt et de garantie, contrats de construction), sont en général convenues très tôt, il sera sans doute bon pour le projet que celui-ci soit représenté de manière indépendante au moment où ces instruments sont négociés. En outre, la constitution de la société du projet en personne morale indépendante permet d'établir une distinction claire entre les actifs, produits

Les questions liées à l'attribution d'un contrat de construction à un groupe d'entreprises non intégré sont traitées brièvement dans le Guide juridique pour l'établissement de contrats de construction (chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 9 à 16). Certaines des remarques qui y figurent sont sans doute également applicables, mutatis mutandis, aux négociations concernant les projets d'infrastructure à financement privé, notamment les questions suivantes : comment surmonter les difficultés qu'il y aurait à intenter une action contre des promoteurs du projet provenant de pays différents au cas où un litige surviendrait ? Comment formuler la clause de règlement des litiges, afin que tout litige entre l'État hôte et une partie ou à totalité des membres du consortium puisse être réglé dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire unique ? Quelle forme donner aux garanties qui doivent être fournies par des tiers pour cautionner l'exécution et aux garanties de qualité qui doivent être données par les membres du consortium ? Quels accords secondaires devront éventuellement être conclus par l'État hôte ? Un contrat avec une coentreprise non constituée est-il régi par des dispositions impératives de la loi applicable ?

et responsabilités du projet et ceux des promoteurs du projet, ce qui facilite les procédures de comptabilité et de vérification.

31. Une question est souvent traitée dans la législation des projets d'infrastructure à financement privé : le capital requis pour la constitution de la société du projet. L'État hôte souhaitera légitimement que le capital requis soit à un niveau tel qu'il assure une assise financière solide à la société du projet et garantisse son aptitude à faire face à ses obligations. À cette fin, il pourra exiger que la société du projet soit constituée avec un capital social minimum. Dans certains pays, cette question est traitée par la loi elle-même qui prescrit un montant déterminé ou fixe à un pourcentage du coût total du projet le capital social minimum de la société. Dans d'autres pays, ces questions ne sont pas traitées dans la loi et sont laissées à l'appréciation de l'entité adjudicatrice, parfois après négociations avec les promoteurs du projet.

32. L'investissement total requis, ainsi que la proportion idéale dette/capital social varient d'un projet à l'autre, de sorte qu'il est difficile de fixer un montant ou un pourcentage qui seront appropriés dans tous les cas. De ce fait, une disposition législative imposant un montant déterminé, en tant que capital social minimum pour toutes les sociétés exécutant des projets d'infrastructure dans l'État hôte, serait excessivement rigide. Une solution plus souple consiste à énoncer des conditions différentes selon les projets, compte tenu de leurs particularités ou du type d'infrastructure. Lorsque le coût total escompté du projet ne peut être estimé à l'avance par l'entité adjudicatrice, le capital social minimum requis pour la constitution de la société du projet peut être indiqué dans l'appel d'offres ou la sollicitation de propositions. Si cette estimation n'est pas possible, ou lorsque l'État hôte préfère négocier le montant ou le ratio des capitaux propres offerts par les promoteurs du projet, l'entité adjudicatrice souhaitera peut-être disposer d'une certaine latitude, afin de déterminer un capital social minimum approprié durant le processus de sélection. Dans les pays où le projet est octroyé par un acte officiel du Gouvernement (par exemple un décret, ou un avis d'attribution du marché [voir le chapitre IV "Sélection des promoteurs du projet", non encore rédigé]), le capital social minimum requis de la société du projet peut être indiqué dans cet acte.

33. Outre la question du capital social minimum, les lois nationales peuvent comporter des dispositions régissant la forme sous laquelle la société du projet doit être constituée. Certaines lois exigent expressément que la société du projet soit constituée sous une forme particulière, alors que d'autres ne comportent pas de disposition à ce propos. Dans les cas où il est jugé important de spécifier la forme que prendra la société du projet, il est bon de garder à l'esprit que les promoteurs du projet souhaiteront faire en sorte que leur responsabilité soit limitée au montant de leur investissement. Afin d'éviter toute responsabilité subsidiaire quant au paiement des dettes de la société du projet, les promoteurs préféreront normalement constituer la société du projet sous forme de société à responsabilité limitée, par exemple une société par actions. Les promoteurs répugneront à exécuter un projet qui leur imposerait une responsabilité illimitée sur les dettes de la société du projet.

34. Les questions examinées ci-dessus pourront être traitées dans une disposition telle que la suivante :

1. Le soumissionnaire retenu [l'auteur de la proposition retenue] constitue, dans un délai de [...] jours à compter de l'octroi de la concession, la société avec laquelle l'accord du projet sera conclu.
2. Le capital social minimum de la société du projet, sa forme et sa durée sont déterminés dans l'appel d'offres [la sollicitation de propositions] [l'avis d'octroi de la concession].

35. Certaines lois comportent des dispositions régissant la portée des activités de la société du projet et exigent par exemple que les activités de cette société soient limitées à l'exécution et à l'exploitation d'un projet particulier. De telles restrictions peuvent avoir pour objet d'assurer la transparence des comptes du projet et de préserver l'intégrité des actifs du projet, en séparant les actifs de chaque projet, en distinguant les produits et les éléments de passif des éléments d'actif et en séparant les produits et éléments de passif d'autres projets ou d'autres activités non liées au projet. En outre, de telles exigences peuvent faciliter l'évaluation des résultats de chaque projet, car les déficits ou bénéfices ne pourront faire l'objet d'une compensation avec les dettes ou produits d'autres projets ou activités. En même temps, toutefois, l'État hôte souhaitera peut-être se réserver la possibilité d'intégrer plusieurs projets sous une gestion commune, lorsque la même société s'est vu octroyer un projet complémentaire, dans le cadre

d'un processus de sélection distinct. On pourrait rédiger comme suit une disposition énonçant une telle condition, mais autorisant des exceptions :

La raison d'être de la société du projet se limite à l'exécution et à l'exploitation du projet pour lequel la concession a été octroyée. Sauf disposition contraire de l'appel d'offres [de la sollicitation de propositions], une société distincte est établie pour exécuter chaque projet.

36. L'État hôte peut également souhaiter veiller à ce que les statuts et règlements de la société du projet énoncent correctement les obligations assumées par la société au titre de l'accord de projet, ou à ce que ces statuts et règlements n'entravent pas l'exécution du projet. De ce fait, la loi peut disposer que toute modification des statuts et règlements de la société du projet doit être autorisée au préalable par l'État hôte. Lorsque l'on énonce une telle condition, il est bon de mettre en regard d'une part l'intérêt public, représenté par l'État, et d'autre part la nécessité de laisser à la société du projet la souplesse nécessaire pour mener à bien ses activités. La gestion au jour le jour du projet pourra être entravée si même des questions mineures concernant les affaires internes de la société sont systématiquement soumises à l'approbation des pouvoirs publics. L'une des solutions possibles consiste à limiter la possibilité qu'a l'État hôte de s'opposer à un amendement proposé aux seuls cas portant sur des dispositions jugées d'une importance essentielle (par exemple, le montant du capital social, les catégories d'actions, les privilèges qui s'y rattachent, les procédures de liquidation), qui peuvent être recensées dans l'accord de projet. On trouvera ci-après un exemple de disposition à cet effet :

Les statuts et règlements de la société du projet et tout amendement desdits statuts et règlements doivent être approuvés au préalable par le Gouvernement, approbation qui est réputée donnée, à moins que le Gouvernement ne refuse cette approbation dans un délai de [...] jours. Le Gouvernement peut refuser d'approuver les amendements portant sur des dispositions essentielles des statuts et règlements [conformément aux termes de l'accord de projet], lorsque de tels amendements ne sont pas réputés favorables à l'intérêt public.

37. L'État hôte peut légitimement souhaiter veiller à ce que les promoteurs initiaux du projet restent engagés dans le projet pendant toute sa durée et ne soient pas remplacés par des entités inconnues de l'État hôte. Ainsi, la loi peut disposer, outre les questions mentionnées ci-dessus, que le transfert d'actions avec droit de vote exigera l'approbation préalable du pays hôte.

C. Autorisations et licences

38. Dans certains pays, l'entrée en vigueur de l'accord de projet est parfois soumis à l'approbation du Gouvernement ou suppose un acte du parlement, voire l'adoption d'une loi spéciale. Pour certains projets, les autorisations devront émaner de plusieurs niveaux de la hiérarchie des pouvoirs publics. Les délais requis pour obtenir ces autorisations varient beaucoup d'un pays à l'autre et, dans certains cas, sont considérables, notamment lorsque les organes ou hauts fonctionnaires devant donner leur approbation n'ont pas participé à la conception du projet ou à la négociation de ses conditions.

39. Les retards dans la mise en service d'un projet d'infrastructure peuvent compromettre sa viabilité financière ou causer un préjudice considérable à ses promoteurs. Lorsque le coût financier additionnel ne peut être récupéré au moyen d'une augmentation des tarifs ou des prix demandés, la société du projet pourra se tourner vers les pouvoirs publics de l'État hôte pour demander un dédommagement ou une assistance. Dans les deux cas, les conséquences seront sans doute une augmentation du coût du projet et donc de son coût pour le public. La non-délivrance d'une autorisation finale, ou d'une licence sans laquelle le projet ne peut être exécuté, aura des conséquences encore plus lourdes pour les promoteurs du projet. Au moment où l'accord de projet aura été signé, les promoteurs du projet auront normalement investi un temps considérable et des sommes importantes dans le projet (par exemple, préparation d'études de faisabilité; plans et autres documents techniques; préparation de l'offre et participation à la procédure d'appel d'offres; préparation et négociation des documents contractuels et des accords de prêt; recrutement de consultants et de conseillers).

40. Afin de diligenter les procédures et d'éviter les conséquences néfastes qu'auraient des retards sur le calendrier du projet, le pouvoir de lier l'État est, dans certains pays, délégué par la loi à des hauts fonctionnaires désignés, de sorte que l'entrée en vigueur de l'accord de projet a lieu lors de la signature ou après certaines formalités telles que la publication au Journal officiel. Dans les pays où une telle procédure n'est pas possible, ou dans lesquels les autorisations finales doivent être données par une autre entité, il sera souhaitable d'étudier comment éviter que de telles conditions ne dissuadent les promoteurs éventuels du projet d'accepter d'entreprendre un projet dans le pays. Il importe de garder présent à l'esprit que le risque de voir le projet bloqué faute d'une autorisation sera peut-être trop élevé pour les promoteurs du projet et que les pouvoirs publics se verront sans doute priés de donner à ce propos des garanties suffisantes aux promoteurs du projet et aux prêteurs. Dans certains pays où de telles conditions sont énoncées, les pouvoirs publics conviennent parfois dans l'accord de projet de dédommager les promoteurs du projet pour toute dépense encourue et de rembourser tout emprunt en cours, au cas où l'autorisation finale ne serait pas délivrée.

41. Outre les autorisations requises pour l'entrée en vigueur de l'accord de projet, l'exécution et l'exploitation des projets d'infrastructure suppose en général l'octroi d'un certain nombre de licences ou autorisations, en vertu de la loi de l'État hôte, pour certaines activités (par exemple, licences au titre de la réglementation des changes; licences pour l'enregistrement de la société du projet; autorisation d'emploi d'étrangers; droits d'enregistrement et de timbre pour l'utilisation ou la propriété des terrains; licences d'importation pour les équipements et les fournitures; licences de construction; licences pour l'installation de câbles ou de conduites; licences pour la mise en fonctionnement de l'installation). Ces licences et autres autorisations relèvent parfois de la compétence de divers organes, à différents niveaux de l'administration nationale et les délais requis pour les obtenir peuvent être importants.

42. Certains pays ont jugé utile de coordonner la délivrance des licences dès le début de l'exécution du projet, en recensant les licences qui seront requises pour l'exécution d'un projet dans un secteur donné et en disposant que l'entité adjudicatrice et les organismes délivrant des licences dans ce secteur doivent convenir des conditions à remplir pour obtenir ces licences avant que l'appel d'offres ne soit lancé, comme il ressort de l'exemple ci-après.

1. Avant d'émettre l'appel d'offres [la sollicitation de propositions], l'entité adjudicatrice, en consultation avec les autres organes et institutions intéressés, recense toutes les principales licences, ainsi que les organismes auprès desquels ces licences doivent être obtenues pour la mise en place du projet.

2. La liste à jour des principales licences requises et des institutions auprès desquelles elles doivent être obtenues figure dans l'appel d'offres [la sollicitation de propositions].

43. Une disposition de cette ordre pourrait être complétée par une disposition confiant à un organe le pouvoir de contrôler la délivrance des licences, comme c'est le cas dans l'exemple ci-après :

1. L'[organe de tutelle du secteur intéressé] est chargé de recevoir les demandes de licences, de les transmettre aux organismes compétents et de contrôler la délivrance des licences énumérées dans l'appel d'offres, ainsi que de toute autre licence qui pourrait être introduite ultérieurement.

2. Une licence est réputée délivrée, à moins que la demande ne soit rejetée par écrit dans un délai de [...] jours à compter de sa réception.

44. Toutefois, dans certains cas, l'État hôte, pour des raisons d'ordre constitutionnel ou touchant à son organisation interne, ne sera pas à même d'assumer la responsabilité de la délivrance de toutes les licences, ou de confier cette fonction de coordination à un organisme unique. L'État hôte voudra peut-être alors envisager de garantir dans une certaine mesure qu'il fera néanmoins tout son possible pour aider la société du projet à obtenir les licences requises en vertu de la loi nationale, par exemple en désignant un haut fonctionnaire ou un organisme chargé de fournir des renseignements et une assistance aux promoteurs du projet en ce qui concerne les licences à obtenir, ainsi que les procédures à suivre et les conditions à remplir en la matière.