NATIONS UNIES **A**

Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE
A/CN.9/444/Add.5
2 mars 1998

FRANÇAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente et unième session
New York, 1er-12 juin 1998

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 IV. CONCLUSION ET CONDITIONS GÉNÉRALES DE L'ACCORD DE PROJET

	Paragraphes	*Page*
Recommandations concernant la législation	-	2
Notes sur les recommandations concernant la législation	1-48	4
Section		
A. Considérations générales	1-6	4
1. L'accord de projet dans la législation	2-4	4
2. Conclusion de l'accord de projet	5-6	4
B. Conditions générales de l'accord de projet	7-47	5
1. Le site du projet	8-12	5
2. Droit de passage et autres servitudes	13-16	6
3. Exclusivité	17-21	6
4. Statut juridique du concessionnaire	22-34	7
5. Transfert de concession	35-38	10
6. Sûretés	39-45	11
7. Durée de la concession	46-47	12
C. Dispositions particulières	48	13

V.98-51379

RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

L'accord de projet dans la législation

1. Il est recommandé de limiter au strict nécessaire les dispositions légales fixant les droits et les obligations mutuels des autorités du pays hôte et de la société de projet, et de les borner par exemple aux questions pour lesquelles il faut prévoir un texte portant autorisation, qui mettent en cause les intérêts de tiers ou qui touchent à des considérations fondamentales de politique générale (par. 2 à 4).

Conclusion de l'accord de projet

2. Il est recommandé de simplifier la procédure de conclusion de l'accord de projet et de désigner à l'avance l'autorité ou les autorités qui seront habilitées à l'approuver et à le signer au nom des pouvoirs publics (par. 5 et 6).

Le site du projet

3. Lorsque les terrains nécessaires au projet doivent être acquis par l'État par voie d'expropriation, il peut être souhaitable de prévoir que toutes les expropriations nécessaires se feront selon les procédures les plus expéditives que permet le droit national (par. 8 à 12).

4. Les droits de passage et servitudes que la société de projet doit éventuellement acquérir peuvent faire l'objet d'une législation propre au secteur considéré (par. 13 à 16).

Exclusivité

5. Il est bon que la législation laisse aux autorités nationales et à la société de projet le soin de s'accorder sur le point de savoir si les premières doivent s'engager à ne pas favoriser la réalisation d'un projet parallèle qui pourrait faire concurrence à la seconde (par. 17 à 21).

Statut juridique du concessionnaire

6. Les autorités du pays hôte peuvent souhaiter que le consortium de projet se constitue en personne morale indépendante ayant un siège local. Lorsque l'intérêt public y engage, la législation peut autoriser les pouvoirs publics à confier la réalisation des projets à des sociétés étrangères (par. 26 et 27).

7. Il n'est pas nécessairement souhaitable de fixer dans la loi un capital social minimal (par. 29 et 30).

8. La législation peut exiger que les activités de la société de projet se limitent à la réalisation et à l'exploitation de l'ouvrage ou des ouvrages particuliers qui lui sont expressément confiées. Elle peut également prescrire que toute modification de fond apportée aux statuts et aux règlements de la société de projet ou tout changement intervenant dans le contrôle effectif exercé sur cette société soient approuvés par les autorités du pays (par. 31 à 34).

Transfert de la concession

9. La société de projet ne doit pas être autorisée à céder la concession qui lui est attribuée sans le consentement des autorités du pays hôte. Ce consentement peut être donné avant l'expiration de la concession sous diverses conditions, notamment les suivantes :

a) Le sous-concessionnaire endosse toutes les obligations prévues dans l'accord de projet;

b) Le sous-concessionnaire atteste qu'il a les capacités techniques et financières que suppose la fourniture des services prévus (par. 35 et 36).

10. Le concessionnaire peut être autorisé à octroyer des sous-concessions avec l'approbation préalable des autorités du pays hôte (par. 37 et 38).

Sûretés

11. Lorsque les biens corporels compris dans l'ouvrage ne sont pas la propriété de la société de projet, il est souhaitable que la loi précise si celle-ci peut, et éventuellement dans quelle mesure, prétendre constituer sur ces biens une sûreté réelle (par. 40 à 42).

12. Il est utile que la loi autorise la société de projet à donner en garantie les droits qu'elle acquiert en vertu de l'accord de projet, à condition que la réalisation de cette garantie n'affecte pas les obligations qui lui incombent en vertu de cet accord (par. 43 et 44).

13. Il est également utile que la loi autorise le nantissement des parts sociales de la société de projet, sous réserve de l'approbation des autorités du pays hôte (par. 45).

Durée de la concession

14. Lorsqu'il paraît souhaitable de limiter par voie législative la durée des concessions à un certain nombre d'années, il est bon de prévoir une période suffisamment longue pour que la société de projet puisse rembourser ses dettes et obtenir un niveau raisonnable de recettes, de production ou d'utilisation (par. 46 et 47).

NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

A. Considérations générales

1. L'"accord de projet" conclu entre les autorités du pays hôte et la société de projet est au centre du dossier d'un projet d'infrastructure. Il définit la portée de l'ouvrage et les intentions que sert celui-ci ainsi que les droits et obligations des parties; il détaille les travaux que doit réaliser la société de projet, les conditions d'exploitation de l'ouvrage et les modalités de fourniture des services prévus.

1. L'accord de projet dans la législation

2. On trouve dans les législations nationales trois grandes conceptions de l'accord de projet du point de vue de son contenu : il y a des pays où la législation parle à peine des accords de ce type; dans d'autres, elle contient des dispositions impératives détaillées qui précisent la teneur des clauses qui doivent y figurer; la troisième solution consiste à dresser la liste des points que doit régler l'accord de projet mais sans donner le détail des clauses correspondantes.

3. Le fait de prévoir des dispositions législatives réglant certains aspects fondamentaux de l'accord de projet présente l'avantage de mettre en place, dès le début des négociations, un cadre général de répartition entre les parties de leurs droits et obligations. Ces dispositions peuvent aussi donner des orientations juridiques aux autorités publiques chargées de rédiger l'accord aux divers niveaux (national, provincial ou local) de l'État, orientations particulièrement utiles aux administrations publiques qui n'ont pas l'expérience de ce genre de négociations. Certains pays peuvent aussi estimer que l'existence de prescriptions légales concernant certains éléments de l'accord améliore leur position de négociation face à la société de projet. Enfin, il faut dans certains cas qu'un texte législatif confère aux autorités le pouvoir de souscrire à certaines conditions de l'accord.

4. L'inconvénient que présente le fait de prévoir des dispositions législatives détaillées sur les droits et les obligations des parties est que les autorités publiques et la société de projet peuvent se trouver privées de la latitude dont elles ont besoin pour négocier entre elles un accord adapté aux exigences et aux particularités du projet considéré. Il est donc souhaitable de limiter la portée des dispositions concernant l'accord de projet au strict minimum et de les borner par exemple aux questions pour lesquelles il faut prévoir un texte portant autorisation, qui mettent en cause les intérêts de tiers ou qui touchent à des considérations fondamentales de politique générale auxquelles il ne peut être dérogé par voie conventionnelle.

2. Conclusion de l'accord de projet

5. Les projets d'infrastructure à financement privé sont en général entrepris sous le couvert d'un accord écrit conclu entre les autorités du pays hôte et la société de projet. La négociation et la signature de cet acte écrit sont des prescriptions expresses de la loi. Certaines législations nationales exigent que la conclusion et l'entrée en vigueur de l'accord se fassent dans certaines formes. Il y a des pays où les conditions ainsi convenues par l'entité adjudicatrice et le consortium sélectionné doivent être approuvées par une autorité supérieure. Parfois encore, l'entrée en vigueur de l'accord doit être sanctionnée par un acte parlementaire ou même précédée de l'adoption d'un texte législatif spécial.

6. Soucieux de faire avancer rapidement les choses et d'éviter ce que les retards peuvent avoir de préjudiciable, certains pays délèguent par voie législative le pouvoir d'engager la signature de l'État à certains fonctionnaires déterminés, de sorte que l'accord de projet entre en vigueur dès sa signature, ou dès l'achèvement de certaines formalités, comme la parution du texte au journal officiel. Dans les pays où cette procédure est inapplicable ou dans lesquels une autre instance encore doit donner son approbation finale, il est recommandé de chercher les moyens d'éviter tout temps mort. Il ne faut pas oublier que l'éventualité que le projet n'aboutisse pas alors que les

négociations sont terminées parce qu'il manquerait une approbation est un risque que la société de projet n'est pas disposée à assumer. Lorsque les conditions de cette approbation sont jugées arbitraires ou trop lourdes, les autorités du pays hôte doivent être priées de donner à la société de projet ou aux bailleurs de fonds des garanties suffisantes pour les mettre à l'abri de ce risque. Dans certains pays où cette approbation était nécessaire, les autorités ont consenti dans l'accord à défrayer la société de projet de toute dépense qu'elle aurait engagée si le projet n'avait pas obtenu l'approbation finale pour des raisons indépendantes de la volonté de la société elle-même.

B. *Conditions générales de l'accord de projet*

7. Les accords de projet sont d'ordinaire des documents fort longs, qui traitent en détail de questions très variées, d'ordre général ou propres au projet considéré. La présente section analyse l'importance du point de vue du législateur des dispositions de l'accord qui paraissent fondamentales en droit national.

1. Le site du projet

8. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit sur un terrain de propriété publique ou qu'un ouvrage existant doit être modernisé ou rénové (projets "modernisation-exploitation-transfert" et "rénovation-exploitation-transfert"), c'est normalement aux autorités de l'État, propriétaires du terrain ou de l'ouvrage, de mettre celui-ci à la disposition de la société de projet. Elles cèdent souvent à la société le titre de propriété du terrain ou de l'ouvrage, mais peuvent le conserver en donnant à la société un droit d'usage sur le terrain ou l'ouvrage et le droit d'y procéder à des travaux.

9. Que l'ouvrage doive faire retour à l'État ou qu'il doive rester définitivement la propriété de la société de projet, il est souhaitable que les parties procèdent à un état des lieux au moment où il est transféré à la société de projet. Cette opération permet de réduire les litiges au moment où l'infrastructure est restituée à l'État. L'accord de projet doit donc prévoir que les terrains et les ouvrages seront inspectés, métrés et délimités avant d'être remis à la société de projet. Parmi les autres questions que règle normalement l'accord figurent celle des procédures de transfert des terrains ou des installations et celle de la production des pièces documentaires nécessaires.

10. La situation peut être plus complexe quand les terrains n'appartiennent pas à l'État et qu'il faut donc les acheter à leurs propriétaires. Dans le cas des projets qui ont pour origine une offre non sollicitée présentée par le secteur privé (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 87 à 93) ou encore dans celui des ouvrages présentant un potentiel commercial relativement élevé mais ne relevant pas d'une priorité nationale, les autorités du pays hôte peuvent ne pas voir la nécessité de s'engager à acquérir les terrains et à les fournir à la société de projet. Le plus souvent toutefois, ce n'est pas celle-ci qui est la mieux placée pour prendre la responsabilité de ces acquisitions. Elle peut craindre les retards et les frais que comportent les négociations à engager avec des propriétaires qui peuvent être très nombreux, et redouter dans certaines régions de devoir faire des recherches complexes sur les titres fonciers et examiner la succession des mutations pour avérer la légitimité de chaque propriétaire. Il est donc courant que les autorités du pays hôte se chargent de fournir les terrains nécessaires à la réalisation du projet, afin d'éviter tout retard inutile ou tout alourdissement du coût du projet que peut entraîner leur acquisition. Elles peuvent acheter ces terrains à leurs propriétaires ou procéder au besoin par voie d'expropriation.

11. Lorsqu'il faut procéder par voie d'expropriation, diverses mesures préparatoires doivent être prises pour s'assurer que la mise en chantier ne sera pas retardée. Dans les pays où la législation prévoit plusieurs modalités d'expropriation, il est souhaitable de conduire les évictions liées à un projet d'infrastructure à financement privé par les voies les plus expéditives, par exemple la procédure spéciale de déclaration d'utilité publique que connaissent certains pays (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", par. 36 et 37).

12. Le droit d'expropriation est en général dévolu à la puissance publique, mais la législation de certains pays autorise aussi des établissements publics (société nationale de chemins de fer, compagnie d'électricité ou de téléphone...) à prendre certaines mesures d'expropriation des biens privés nécessaires à la fourniture au public ou

au développement des services dont ils sont responsables. Dans les pays où l'indemnisation des propriétaires expropriés est réglée par les tribunaux, il s'est révélé particulièrement utile de déléguer à la société concessionnaire le pouvoir d'entreprendre certaines démarches d'expropriation, les autorités publiques restant responsables de l'exécution des actes dont la loi fait une condition préalable à l'ouverture de la procédure d'expropriation. Au moment de l'expropriation, le titre foncier revient souvent aux autorités publiques, encore que dans certains cas la loi autorise ces autorités et la société de projet à prendre des arrangements différents tenant compte du partage entre elles du coût de l'opération.

2. Droit de passage et autres servitudes

13. Dans certains cas, il faut non seulement acquérir les terrains sur lesquels seront réalisées les infrastructures, mais encore s'assurer qu'ils sont accessibles à la société de projet lorsque l'ouvrage est ainsi situé que, pour s'y rendre, il faut traverser la propriété de tiers. La conception même du projet peut obliger la société qui le réalise à pénétrer sur des terrains appartenant à des tiers, par exemple pour installer des panneaux de signalisation sur les parcelles adjacentes, ériger des pylônes de transport électrique, mettre en place, puis entretenir, des postes de transformation ou de commutation, tailler les arbres qui gênent les lignes téléphoniques sur des terrains voisins, etc. Ce droit d'utiliser le bien de tiers à des fins précises ou pour y procéder à des travaux sera dans le présent *Guide* qualifié du terme général de "servitude".

14. Une servitude exige en général le consentement du propriétaire du terrain qu'elle grève, à moins qu'elle ne soit prévue par la loi. Sauf dans le cas où elle ne touche qu'un petit nombre de propriétés contiguës au site du projet, il n'est en général ni rapide ni économique de laisser la société de projet l'acquérir directement auprès des propriétaires. Le plus souvent, ce sont les autorités publiques qui procèdent à l'opération par voie d'expropriation en même temps qu'elles procèdent à l'expropriation du site lui-même.

15. On peut songer à une autre solution, quelque peu différente : la loi elle-même prévoit le type de servitudes accordées à la société de projet, sans nécessairement exiger l'expropriation des terrains concernés. Cette solution peut s'appliquer dans le cadre de législations sectorielles, lorsque les pouvoirs publics pensent être en mesure de déterminer à l'avance le minimum de servitudes qui seront nécessaires à la société de projet. Par exemple, la loi organisant le secteur de la production d'électricité peut fixer les conditions dans lesquelles la société concessionnaire a le droit d'installer des lignes sur les terrains de tiers pour mettre en place et faire fonctionner ses installations de base et son réseau de distribution, ou d'entretenir, réparer ou enlever ces équipements, établir une zone de sécurité le long du parcours des lignes enterrées et aériennes, ou encore faire disparaître les obstacles situés le long des lignes ou empiétant sur la zone de sécurité.

16. Dans certains systèmes juridiques cependant, la société de projet peut être tenue de dédommager le propriétaire, comme s'il y avait eu expropriation, lorsque la nature de la servitude est telle qu'elle entraîne pour lui une perte de jouissance appréciable.

3. Exclusivité

17. L'un des points fondamentaux que règle l'accord de projet est celui de savoir si le droit d'exploiter l'ouvrage ou de fournir le service dont il s'agit est un droit exclusif ou si d'autres ouvrages concurrents pourront aussi fonctionner. Ce droit d'exclusivité peut prendre la forme d'une exclusivité territoriale (c'est le cas par exemple d'une compagnie de distribution de l'eau) ou nationale (c'est le cas d'une compagnie de chemins de fer). Il peut couvrir le droit de fournir un certain type de biens ou de services à un tiers particulier (c'est le cas du producteur d'électricité qui est le fournisseur exclusif du distributeur dans sa région) ou à un groupe restreint de clients (c'est le cas de l'entreprise nationale de téléphone interurbain qui offre des raccordements aux compagnies locales de téléphone).

18. Les pays qui souhaitent mettre en place un régime général des projets d'infrastructure à financement privé peuvent adopter à l'égard de la question de l'exclusivité une attitude souple consistant à prévoir dans la législation que les pouvoirs publics sont habilités à octroyer des concessions exclusives quand ils jugent que cela sert l'intérêt public, par exemple quand des raisons techniques ou économiques le justifient. L'autorité concédante peut être tenue dans chaque cas de motiver sa décision de rendre la concession exclusive. Ces textes législatifs d'ordre général peuvent être complétés par des lois sectorielles réglant la question de l'exclusivité en fonction des particularités de chaque secteur (voir chap. II, "Structure et réglementation des secteurs", ...).

19. Certains projets soulèvent de surcroît la question de savoir s'il faut garantir à la société concessionnaire qu'aucun ouvrage concurrent ne sera mis en exploitation. Dans certaines législations, des dispositions prévoient que les pouvoirs publics ne favoriseront pas la réalisation de projets parallèles qui pourraient se poser en concurrents de la société concessionnaire. Parfois, les pouvoirs publics s'engagent à ne pas modifier les conditions de l'exclusivité au détriment de la société de projet sans le consentement de celle-ci. Parfois aussi, un engagement en ce sens peut être implicitement inscrit dans le régime des concessions ou dans les principes généraux du droit administratif, notamment lorsque l'activité dont il s'agit est, ou était, un monopole d'État.

20. L'intention de ces dispositions est de donner confiance aux actionnaires et aux bailleurs de fonds de la société de projet, qui sont assurés qu'une réalisation concurrente ne sera pas entreprise en parallèle, ou que les principes fondamentaux qui ont présidé à l'adjudication seront respectés. Mais elles peuvent avoir pour effet de limiter les possibilités qu'ont les autorités publiques de faire face à l'évolution des circonstances comme l'intérêt public l'exigerait. Par exemple, le barème des prix qui permettrait d'exploiter avec profit une route à péage peut être trop élevé pour les citoyens à faible revenu et les autorités du pays hôte ont alors intérêt à laisser l'ancienne route gratuite à la disposition du public, qui peut l'emprunter au lieu de la nouvelle autoroute à péage. Les arrangements de ce genre ne sont pas rares dans le domaine des infrastructures routières.

21. Peut-être est-il donc souhaitable que la loi permette aux autorités publiques et à la société de projet de trouver une solution convenable dans l'accord de projet lui-même au lieu d'imposer une réglementation uniforme à tous les projets. La faculté que les pouvoirs publics du pays hôte doivent conserver de modifier par la suite la politique qu'ils appliquent au secteur considéré, par exemple de décider d'ouvrir ce secteur à la concurrence ou de construire une autre infrastructure, peut aussi faire l'objet d'une convention entre les parties dans le contexte des dispositions concernant les changements de circonstances (voir chap. VIII, "Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution", ...).

4. Statut juridique du concessionnaire

22. En général, l'accord de projet contient des dispositions fixant le statut juridique du concessionnaire et réglant la question de savoir s'il doit être constitué en personne morale indépendante ou si le marché doit être adjugé à titre collectif à un consortium. Ces dispositions figurent fréquemment dans le régime national des projets d'infrastructure à financement privé.

23. Dans la pratique des affaires, un consortium est un dispositif contractuel dans le cadre duquel un groupe d'entreprises s'engagent à collaborer à la réalisation d'un projet, mais sans se fondre en une personne morale indépendante. Les consortiums se forment très couramment dans l'industrie du BTP pour les grands travaux mobilisant des capitaux importants et exigeant des compétences techniques dans plusieurs métiers. Ils sont en général considérés comme une formation purement contractuelle, qui n'a pas de personnalité juridique propre. Ils peuvent relever de catégories différentes du droit des contrats et leur statut juridique, ainsi que les droits et les obligations des sociétés qui les composent, varient d'un ordre juridique à l'autre.

24. La constitution d'un consortium de projet présente des avantages en ce qu'elle donne par exemple à ses membres plus de latitude qu'une société de projet distincte pour traiter entre eux ou négocier avec leurs partenaires

commerciaux. Le souci d'éviter la double imposition peut également dissuader de créer une personne juridique indépendante dans le pays hôte quand il n'existe pas de convention fiscale en la matière entre ce pays et celui ou ceux où les investisseurs étrangers ont leur résidence fiscale. Dans certains cas, les autorités du pays hôte veulent aussi conserver la faculté d'engager un consortium pour se doter d'une infrastructure en considération de l'ampleur et de la nature de celle-ci ou afin que tous les membres du consortium soient tenus solidairement responsables de la totalité de la réalisation.

25. Pour les pays qui souhaitent donc se réserver cette faculté, la loi peut donner à l'entité adjudicatrice la possibilité d'attribuer le marché à un consortium ou exiger la constitution d'une personne morale indépendante par le consortium sélectionné, en fonction des exigences du projet. Quoi qu'il en soit, certaines questions devront être réglées dans l'accord de projet et des négociations approfondies et des dispositions détaillées seront sans doute nécessaires pour assurer la coordination entre membres du consortium et les échanges avec les pouvoirs publics, et préciser l'étendue des responsabilités et des obligations de chacun des membres du consortium à l'égard du projet[1].

26. Dans la plupart des cas cependant, la loi exige que le concessionnaire soit une personne morale indépendante. Du point de vue du pays hôte, cela facilite la coordination des travaux relatifs au projet et offre un mécanisme de protection des intérêts de celui-ci, qui ne coïncident pas forcément avec les intérêts particuliers de chacun des membres du consortium. Cette considération est d'autant plus déterminante que les services ou les biens que ces membres doivent fournir sont plus importants. Comme en général une bonne part des éléments du passif et des obligations de la société de projet (notamment ses engagements à long terme : accord de projet, accords de prêts, garanties, marché de travaux de construction) se décide assez tôt, il est bon pour cette société d'avoir une personnalité indépendante dès le moment où ces instruments sont négociés.

27. Les autorités du pays hôte peuvent également exiger que la société de projet soit constituée selon le droit du pays. Elles peuvent estimer que leur fonction de tutelle à l'égard des services fournis par la société sera compromise si celle-ci est de droit étranger. D'autre part, comme les activités qu'elle mène éveillent l'intérêt du public, les autorités peuvent souhaiter que la société se conforme aux règlements nationaux en matière de tenue de comptes et de divulgation (qu'elle publie par exemple ses états financiers ou fasse connaître certaines décisions prises par son conseil d'administration). Cela rend d'autant plus nécessaire l'existence dans le pays hôte d'un droit des sociétés suffisamment développé (voir chap. I, "Considérations générales sur la législation", par. 46 à 49). Si la société de projet peut se constituer facilement, sous réserve évidemment des exigences de l'intérêt public bien compris, cela peut éviter d'inutiles reports de mise en chantier.

28. La date à laquelle la société de projet doit être constituée est une question qui s'examine à la lumière des divers intérêts mis en jeu dans le projet. Impatientes de passer à la phase d'exécution, les autorités de certains pays peuvent être tentées d'exiger que la société de projet soit constituée aussi tôt que possible. Or, il faut rappeler qu'avant l'adjudication finale de la concession, l'engagement ferme et définitif des prêteurs et autres bailleurs de fonds n'est pas nécessairement acquis, notamment quand la mobilisation des fonds doit être faite par une personne

---

[1] Les questions liées à l'attribution du marché de travaux à un groupe d'entreprises non intégrées sont traitées brièvement dans le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles* (chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 9 à 16). Certaines des remarques figurant dans cet ouvrage s'appliquent *mutatis mutandis* aux négociations concernant les projets d'infrastructure à financement privé, notamment quant aux questions suivantes : comment surmonter les difficultés qu'il y aurait, en cas de litige, à intenter une action contre des membres du consortium provenant de pays différents ? Comment formuler les clauses de règlement des différends pour que tout litige entre les autorités du pays hôte et une partie ou la totalité des membres du consortium puisse se régler dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire unique ? Quelles doivent être les modalités des garanties de bonne fin données par des tiers et des garanties de qualité que doivent donner les membres du consortium ? Quels accords secondaires doivent éventuellement conclure les autorités du pays hôte ? Y a-t-il des dispositions légales impératives qui régissent les accords conclus avec des groupes d'entrepreneurs ?

morale distincte, comme c'est le cas dans un financement de projet (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 68 à 71). D'une manière générale donc, il est souhaitable de constituer la société de projet peu après, et l'attribution du marché, mais non avant.

29. Une autre question importante se pose à propos de la création de la société de projet, celle des investissements en fonds propres nécessaires pour sa constitution. Les autorités du pays hôte souhaitent légitimement que ces fonds propres assurent la solidité financière de la société et garantissent son aptitude à honorer ses obligations. Elles peuvent dans ce dessein exiger que la société de projet démarre avec un capital social minimum. Dans certains pays, la question est réglée par la loi elle-même, qui fixe ce minimum à un certain montant ou à un certain pourcentage du coût total du projet. Dans d'autres, la loi est silencieuse et la question est laissée à l'appréciation de l'entité adjudicatrice, parfois après négociations avec le consortium sélectionné.

30. L'investissement total requis, ainsi que le rapport dette-capital social idéal, varie d'un projet à l'autre, de sorte qu'il est en général difficile de citer un montant ou un pourcentage qui conviendrait dans tous les cas. Aussi une disposition législative imposant un capital social minimum d'un montant déterminé à toutes les sociétés réalisant des projets d'infrastructure est-elle peut-être à déconseiller. Une solution plus souple consiste à faire varier ces prescriptions selon les projets, en fonction des circonstances particulières dans lesquelles ils s'inscrivent ou de la nature de l'infrastructure dont il s'agit. Lorsque le coût total du projet ne peut être estimé à l'avance par l'entité adjudicatrice, le capital social minimum de départ de la société de projet peut être indiqué dans l'appel d'offres ou dans la demande de propositions. Si de surcroît les autorités du pays hôte préfèrent négocier ce minimum, ou le ratio des capitaux propres offert par le consortium sélectionné, l'entité adjudicatrice peut souhaiter disposer d'une marge de manœuvre pour déterminer le montant approprié pendant l'opération de sélection. Dans les pays où le marché est attribué par acte de l'exécutif, par exemple par décret ou par avis d'attribution, le capital social minimum peut être indiqué dans le texte officiel.

31. Outre cette question du capital social minimum, la législation nationale peut régir les formes dans lesquelles la société de projet doit être constituée. Certaines législations exigent expressément une forme particulière, d'autres restent silencieuses. Dans les cas où il semble important de préciser cette forme, il est bon de garder à l'esprit que les membres du consortium ont intérêt à limiter leur responsabilité au montant de leur mise de fonds. Pour éviter l'apparition d'une responsabilité subsidiaire à l'égard des dettes de la société de projet, les parties au capital de celle-ci préfèrent lui donner une structure dans laquelle leur responsabilité se limite à la valeur de leur part, celle d'une société anonyme par exemple. Elles n'acceptent pas d'entreprendre un projet qui leur impose une responsabilité illimitée à l'égard des dettes de la société de projet.

32. Certaines législations régissent la portée des activités de la société de projet, exigeant par exemple qu'elle se limite à la réalisation et à l'exploitation d'un ouvrage particulier. Ces restrictions peuvent avoir pour objet d'assurer la transparence des comptes du projet et de préserver l'intégrité de ses actifs, en les séparant, ainsi que ses produits et les éléments de son passif, de ceux des autres projets ou d'autres activités sans rapport avec lui. Elles peuvent aussi faciliter l'évaluation des résultats de chaque projet, puisque les déficits ou les bénéfices d'une infrastructure ne peuvent venir en compensation des dettes ou des recettes des autres projets ou des autres activités. Mais les autorités du pays hôte peuvent en même temps vouloir se réserver la possibilité d'intégrer plusieurs projets sous une gestion commune, dans le cas où c'est la même société qui se voit adjuger un marché complémentaire à l'issue d'une nouvelle opération de sélection.

33. Les autorités du pays hôte peuvent aussi souhaiter retrouver dans les statuts et les règlements de la société de projet le reflet des obligations que celle-ci assume dans l'accord de projet, et vouloir veiller à ce qu'aucune décision ne soit prise qui pourrait compromettre la réalisation de l'entreprise. C'est pourquoi la loi dispose parfois que toute modification des statuts et règlements de la société de projet doit être autorisée au préalable par les autorités publiques. Dans certains pays, cette volonté de contrôle s'exerce sous la forme de l'entrée statutaire de l'État, en tant qu'actionnaire privilégié, dans le capital de la société de projet, assortie de la condition que certaines

décisions du conseil d'administration ou de l'assemblée des actionnaires seront approuvées par les autorités publiques. Lorsque celles-ci doivent ainsi approuver les amendements apportés aux statuts et aux règlements de la société de projet ou certaines autres décisions, il est souhaitable de considérer l'importance de l'intérêt public, représenté ici par l'État, au regard de la nécessité de laisser à la société de projet la marge de manœuvre dont elle a besoin pour conduire ses affaires. La gestion courante aurait à souffrir si même les minuties internes de l'entreprise devaient toujours avoir l'assentiment des autorités publiques. On peut donc soit limiter le droit qu'ont les autorités de s'opposer à un amendement aux cas où la modification touche des dispositions statutaires ou réglementaires jugées fondamentales (par exemple le montant du capital social, les classes d'actions et les privilèges qui leur sont attachés, les procédures de liquidation) et qui peuvent être précisément désignées dans l'accord de projet.

34. Les autorités du pays hôte souhaitent légitimement que les membres d'origine du consortium de projet restent engagés dans la réalisation de celui-ci jusqu'à son achèvement et qu'ils ne soient pas remplacés par des entités qui leur seraient inconnues. Aussi la loi peut-elle contenir, outre les dispositions que l'on vient de mentionner, une règle voulant que le contrôle effectif de la société de projet ne puisse passer dans d'autres mains sans l'assentiment préalable du pays hôte.

5. Transfert de concession

35. Les concessions sont attribuées au regard des qualifications et de la réputation du concessionnaire; elles ne sont pas librement cessibles dans la plupart des ordres juridiques. Les législations nationales interdisent donc de transférer la concession sans le consentement des autorités publiques, consentement qui peut être également nécessaire pour transférer le contrôle de la société de projet elle-même. Des dispositions législatives générales de ce genre rassurent l'opinion publique quant à la surveillance à laquelle l'État soumet ceux qui exploitent des équipements publics ou fournissent des services collectifs.

36. Il s'est révélé utile dans certains pays de mentionner dans la législation les conditions auxquelles le transfert d'une concession peut être approuvé avant l'échéance du contrat, par exemple l'endossement par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations prévues dans l'accord de projet ou l'attestation que le nouveau concessionnaire dispose des capacités techniques et financières que réclame le service dont il s'agit. Des dispositions de ce genre, qui sont d'ordre général, peuvent être complétées par des dispositions plus précises inscrites dans l'accord de projet qui délimitent la portée des restrictions et indiquent les conditions dans lesquelles les autorités publiques peuvent consentir à une cession.

37. À la différence de la cession proprement dite, la sous-concession consiste à transférer à un tiers la responsabilité de l'une des activités couvertes par le contrat de concession. Lorsque la société de projet a le droit de fournir des services accessoires, ou lorsque la concession couvre des activités multiples qui peuvent être effectuées séparément, le concessionnaire peut souhaiter confier à une autre entité le soin de certaines de ces activités par le mécanisme de la sous-concession. Lorsque la concession elle-même n'est pas cessible, cette dévolution peut être difficile s'il n'y a pas de texte de loi qui l'autorise. En situation normale cependant, les autorités du pays hôte n'ont pas de raison impérieuse d'exclure totalement l'hypothèse de la sous-concession, dans la mesure où elles peuvent s'assurer de la solvabilité et des compétences du sous-concessionnaire. Il peut donc être souhaitable de préciser dans la législation que le concessionnaire est autorisé à accorder des sous-concessions sous réserve de l'approbation préalable des autorités publiques.

38. Se poser, dans ce contexte, la question de la sélection du sous-concessionnaire. Dans certains pays, il existe une réglementation expresse qui régit l'attribution des marchés par les entités qui fournissent des services collectifs; parfois la législation exige explicitement que l'on procède par appel d'offres pour les sous-concessions. Ce type de mécanisme était souvent mis en place lorsque la quasi-totalité des infrastructures appartenaient à l'État et étaient exploitées par lui, le secteur privé n'ayant dans l'investissement qu'un rôle mineur ou marginal : il visait à garantir l'emploi mesuré, efficient, transparent et honnête des deniers publics. Mais lorsque les ouvrages d'infrastructure

sont réalisés par des entités privées, il n'est peut-être plus aussi impératif ou utile du point de vue de l'intérêt général d'imposer au concessionnaire une procédure déterminée pour l'attribution de sous-concessions.

6. *Sûretés*

39. Le dossier de financement des projets d'infrastructure à financement privé contient en général un appareil de garanties détaillé. Même lorsque la valeur commerciale potentielle de l'ouvrage est inférieure au coût des investissements, les garanties prenant la forme de sûretés réelles peuvent couvrir au moins une partie des montants empruntés par la société de projet. Le nantissement de valeurs négociables, de créances ou de droits intangibles peut être également un bon moyen de réduire l'exposition des prêteurs aux risques que comporte le projet et d'améliorer les conditions auxquelles les prêts sont octroyés. Aussi la société de projet a-t-elle normalement intérêt à se mettre en mesure d'offrir en gage à ses prêteurs une partie ou la totalité des actifs, des titres et des droits auxquels la concession donne prise.

a) *Sûretés réelles*

40. Des obstacles juridiques peuvent s'opposer à la constitution de sûretés sur les biens corporels de l'infrastructure lorsque ces biens restent la propriété de l'État pendant toute la durée du projet. Si la société de projet ne détient pas le titre de propriété correspondant, beaucoup de systèmes juridiques lui interdisent de gager ces biens ou restreignent les conditions dans lesquelles elle peut le faire.

41. Dans certains pays cependant, la constitution d'une sûreté particulière est possible, notamment lorsque la société de projet est titulaire d'un bail ou d'un droit d'usage sur le bien dont il s'agit. Cette sûreté ne porte pas sur le bien lui-même, mais sur les droits et les intérêts qui sont dévolus à la société de projet dans l'accord de projet. En outre, une sûreté peut être également constituée lorsque la concession couvre des propriétés publiques de nature diverse, par exemple lorsque le titre foncier des terrains tenants ou aboutissants (et pas simplement le droit d'usage) est accordé à une société de chemins de fer en sus du droit d'exploitation de l'infrastructure.

42. Il est souhaitable que la législation précise bien dans quelle mesure la société de projet peut constituer des sûretés sur les biens corporels compris dans l'ouvrage, en indiquant par exemple quel type de bien peut ainsi être offert en garantie, ou quel type de sûreté peut ainsi être prise. Cela dit, les autorités du pays hôte ont intérêt à ce que les sûretés constituées par la société de projet ne compromettent pas la réalisation de celui-ci. Elles peuvent prévoir dans la législation qu'elles devront donner leur approbation – disposition dont on trouve normalement l'écho dans l'accord de projet – si la société de projet veut offrir de telles sûretés.

b) *Garanties prises sur des avoirs incorporels*

43. Dans la plupart des cas, le droit d'exploitation de l'ouvrage ne peut être transféré sans le consentement des autorités du pays hôte, circonstance qui empêche normalement la constitution de garanties sur la concession ou sur la licence d'exploitation. Mais même si la concession elle-même ne peut donner prise à une garantie, la législation de certains pays autorise la société de projet à offrir en caution les droits qui découlent de la concession ou de la licence ou les recettes qui en découleront. Ces recettes sont en général les redevances prélevées auprès des usagers de l'ouvrage ou le prix que les clients paient pour les biens ou les services fournis par le concessionnaire. Elles peuvent également comprendre le revenu des concessions accessoires. Les garanties de ce genre figurent normalement dans le dossier de financement négocié avec les prêteurs.

44. Les garanties qui prennent la forme de cessions ou de nantissement des recettes de la concession n'affectent pas le titre qu'a l'État sur les biens tangibles relatifs à la concession et ne soulèvent en général pas les mêmes questions de politique générale que les hypothèques ou autres charges du même genre. Mais comme leur réalisation peut amener une situation dans laquelle les créanciers se substituent au concessionnaire dans l'exercice de certains

droits découlant du contrat de concession, les garanties de cette nature peuvent affecter l'État, le public ou les clients, ou les partenaires techniques de la société de projet. Il est donc utile que la loi prévoie que la société de projet peut, avec l'accord des autorités et aux fins de financer la réalisation de l'ouvrage et son exploitation, constituer toutes garanties nécessaires sur les droits découlant de l'accord de projet, sous réserve que la réalisation de ces garanties ne modifiera pas les obligations relatives à la construction et à l'exploitation de l'ouvrage que l'accord impose à la société.

c) *Nantissement des actions de la société de projet*

45. La constitution d'une sûreté assise sur les actions de la société de projet soulève en principe les mêmes questions que le transfert de concession. Lorsque la concession ne peut être cédée ni dévolue à un tiers sans le consentement des autorités du pays hôte, la législation interdit parfois le nantissement ou toute autre mise en gage des actions de la société de projet. Mais on notera que le nantissement des actions est une forme de sûreté que les bailleurs de fonds exigent couramment dans le financement de projet et qu'une interdiction frappant d'une manière générale ce procédé limite inutilement les capacités qu'a la société de projet de mobiliser des capitaux. Il peut donc être souhaitable, comme pour les autres formes de garantie, que la législation autorise la société de projet à constituer ce type de sûreté, sous réserve de l'approbation préalable des autorités du pays hôte.

7. Durée de la concession

46. La durée qu'il est souhaitable de donner à l'accord de projet dépend de diverses considérations, par exemple la durée de vie opérationnelle de l'ouvrage ou le temps que la société de projet mettra à rembourser ses dettes et à amortir ses investissements de départ. Il n'est donc pas toujours possible pour le législateur de fixer une période qui conviendrait pour tous les types de projets. Cela dit, plusieurs pays ont trouvé utile d'adopter des dispositions législatives limitant la durée des concessions à un nombre déterminé d'années. Certaines autres prévoient un régime mixte, dans lequel l'accord de projet fixe l'échéance de la concession à une date postérieure au remboursement intégral des dettes de la société de projet et à l'enregistrement d'un certain niveau de revenus, d'un certain niveau de production ou d'un certain niveau de fréquentation, mais sous réserve d'une limite maximale exprimée en années. Lorsqu'il paraît souhaitable d'adopter une disposition limitative de la durée de la concession, la limite doit être ainsi calculée qu'elle laisse à la société de projet le temps de rembourser intégralement ses dettes et de dégager un profit raisonnable.

47. Quant à la définition de la durée de la période de concession, les législations nationales offrent divers cas de figure. Certaines y incluent expressément la phase des travaux et toute prorogation de délai accordée en cas de force majeure. D'autres en excluent au contraire explicitement le temps de la construction. D'autres encore obtiennent le même résultat en disposant que la concession court à partir de l'achèvement des travaux. L'intégration de la phase de construction dans la durée totale de la concession se justifie par le fait qu'elle encourage la société de projet à terminer le chantier avant les délais pour profiter d'une période d'exploitation d'autant plus longue. Dans le cas contraire, cet aspect incitatif disparaît.

C. Dispositions particulières

48. Outre les dispositions fondamentales que l'on vient d'examiner, l'accord de projet traite bien d'autres questions, qui feront l'objet des chapitres suivants du *Guide* : interventions des pouvoirs publics en faveur du projet : chapitre V, "Appui des pouvoirs publics", ordonnancement des travaux : chapitre VI, "Phase de construction"; conditions d'exploitation de l'ouvrage, niveau et qualité des services, barème des redevances et système d'ajustement des prix : chapitre VII, "Phase d'exploitation"; procédures et recours en cas de défaillance ou de rupture de l'accord de projet, dispositions relatives aux changements de circonstances et aux imprévus, garanties de bonne fin et obligations de la société de projet en matière d'assurance : chapitre VIII, "Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution"; transfert de l'ouvrage en fin de période, éventualité d'une prorogation et motifs de dénonciation

anticipée de l'accord de projet : chapitre IX, "Durée, prorogation et dénonciation anticipée de l'accord de projet"; dispositions relatives au droit applicable et au règlement des différends : chapitres X, "Droit applicable", et XI, "Règlement des différends".

* * * * *