



Assemblée générale

Distr.: GÉNÉRALE

A/CN.9/471/Add.9
2 décembre 1999FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-troisième session
New York, 12 juin-7 juillet 2000

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

ENSEMBLE DES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Recommandations</i>	<i>Page</i>
I. CADRE LÉGISLATIF ET INSTITUTIONNEL GÉNÉRAL	1-11	4
Cadre constitutionnel et législatif	1	4
Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions	2-5	4
Coordination administrative	6	4
Fonction de réglementation des services d'infrastructure	7-11	4
II. RISQUES DE PROJET ET APPUI DES POUVOIRS PUBLICS	12-13	5
Risques de projet et répartition des risques	12	5
Appui des pouvoirs publics	13	5
III. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE	14-38	5
Considérations générales	14	5
Présélection des soumissionnaires	15-17	5
Procédure de sollicitation de propositions	18-27	6
Négociations directes	28-29	8
Propositions spontanées	30-35	9
Procédure de recours	36	9
Avis d'attribution du projet	37	9
Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution	38	10

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<i>Recommandations</i>	<i>Page</i>
IV. CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE ...	39-59	10
Dispositions générales de l'accord de projet	39-40	10
Organisation du concessionnaire	41-42	10
Site du projet et servitudes	43-44	10
Arrangements financiers	45-47	10
Sûretés	48	11
Cession de la concession	49	11
Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet	50	11
Travaux de construction	51	11
Exploitation de l'infrastructure	52-54	11
Arrangements contractuels généraux	55-59	12
V. DURÉE, PROROGATION ET RÉSILIATION DE L'ACCORD DE PROJET	60-67	13
Durée et prorogation de l'accord de projet	60-61	13
Résiliation de l'accord de projet	62-64	13
Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet .	65-67	14
VI. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	68-70	14
Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire	68-68 bis	14
Différends entre le concessionnaire et ses prêteurs, sous-traitants et fournisseurs	69	14
Différends entre le concessionnaire et ses clients	70	15

AVANT-PROPOS

Chacun des chapitres du Guide contient un ensemble de principes recommandés intitulés “Recommandations concernant la législation”. Ces recommandations ont pour objet d’aider à la mise en place d’un cadre législatif favorable aux projets d’infrastructure à financement privé. Elles sont suivies de notes qui offrent une introduction analytique comportant des références aux questions financières, réglementaires et juridiques ainsi qu’aux questions de politique et autres questions liées au sujet examiné. Le texte intégral de toutes les Recommandations concernant la législation qui figurent dans le Guide est reproduit ci-après à toutes fins utiles. Il est conseillé de lire ces recommandations en même temps que les notes, qui donnent des informations générales permettant de mieux les comprendre.

Les Recommandations concernant la législation portent sur des questions qu’il est important de traiter dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d’infrastructure à financement privé. Elles n’abordent pas d’autres domaines du droit qui, comme il est indiqué dans les notes, ont également un impact sur ce type de projets. Par ailleurs, pour que des projets d’infrastructure à financement privé puissent être menés à bien, il faut généralement plus que la mise en place d’un cadre législatif approprié, notamment des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, des ressources humaines et financières appropriées ainsi qu’une économie stable.

Il est recommandé aux pays hôtes souhaitant promouvoir des projets d'infrastructure à financement privé d'appliquer dans leur droit interne les principes ci-après:

I. CADRE LÉGISLATIF ET INSTITUTIONNEL GÉNÉRAL

Cadre constitutionnel et législatif (voir chapitre premier, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 2 à 14)

Recommandation 1. Le cadre législatif et institutionnel nécessaire à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé devrait avoir pour objectif d'assurer la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets. Toutes restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures devraient être éliminées.

Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions (voir chapitre premier, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 15 à 22)

Recommandation 2. La loi devrait spécifier les autorités publiques du pays hôte (à savoir, selon qu'il convient, les autorités nationales, provinciales et locales) habilitées à conclure des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé.

Recommandation 3. Les projets d'infrastructure à financement privé peuvent comprendre des concessions pour la construction et l'exploitation de nouveaux ouvrages et de nouveaux systèmes ou pour la maintenance, la modernisation, l'expansion et l'exploitation d'ouvrages et de systèmes existants.

Recommandation 4. La loi devrait spécifier les secteurs ou les types d'infrastructure pour lesquels des concessions peuvent être attribuées.

Recommandation 5. La loi devrait spécifier dans quelle mesure une concession peut s'étendre à l'ensemble de la région relevant de la compétence de l'autorité contractante ou seulement à une subdivision géographique de cette région ou encore à un projet particulier, et si elle peut être attribuée avec ou sans droit d'exclusivité, selon les cas, conformément aux règles et principes de droit, aux dispositions législatives, à la réglementation et aux politiques s'appliquant au secteur visé. Les autorités contractantes pourraient être habilitées à s'unir pour attribuer des concessions lorsque la compétence de chacune d'entre elles est en jeu.

Coordination administrative (voir chapitre premier, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 23 à 29)

Recommandation 6. Des mécanismes institutionnels devraient être établis afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation des ouvrages du type proposé.

Fonction de réglementation des services d'infrastructure (voir chapitre premier, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 30 à 53)

Recommandation 7. La fonction de réglementation des services d'infrastructure ne devrait pas être confiée à des entités qui fournissent directement ou indirectement des services d'infrastructure.

Recommandation 8. La fonction de réglementation devrait être confiée à des organismes fonctionnellement indépendants et ayant une autonomie suffisante, de manière à ce que les décisions soient prises sans ingérence politique ou pressions inopportunes des exploitants d'infrastructures et des prestataires de services publics.

Recommandation 9. Les règles régissant les procédures de réglementation devraient être publiées. Les décisions touchant à la réglementation devraient être motivées et accessibles aux parties intéressées par voie de publication ou par d'autres moyens.

Recommandation 10. La loi devrait établir des procédures transparentes en vertu desquelles le concessionnaire pourrait demander une révision des décisions touchant à la réglementation par un organisme indépendant et impartial et énoncer les motifs pouvant fonder une demande de révision ainsi que les possibilités de recours judiciaire.

Recommandation 11. Des procédures spéciales devraient être établies, s'il y a lieu, pour régler les différends entre les prestataires de services publics concernant les infractions présumées aux lois et réglementations régissant le secteur visé.

II. RISQUES DE PROJET ET APPUI DES POUVOIRS PUBLICS

Risques de projet et répartition des risques (voir chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29)

Recommandation 12. Aucune limitation légale ou réglementaire inutile ne devrait limiter la faculté de l'autorité contractante de convenir d'une répartition des risques adaptée aux besoins du projet.

Appui des pouvoirs publics (voir chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60)

Recommandation 13. La loi devrait clairement indiquer les autorités publiques du pays hôte qui sont autorisées à fournir un appui financier ou économique pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé et quelles formes cet appui peut revêtir.

III. SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE

Considérations générales (voir chapitre III, "Sélection du concessionnaire", par. 1 à 33)

Recommandation 14. La loi devrait prévoir la sélection du concessionnaire au moyen d'une procédure ouverte, transparente, efficace et adaptée aux exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé.

Présélection des soumissionnaires (voir chapitre III, "Sélection du concessionnaire", par. 34 à 50)

Recommandation 15. Les soumissionnaires devraient faire la preuve qu'ils satisfont aux critères de présélection ci-après, que l'autorité contractante juge appropriés pour le projet visé:

a) Posséder les qualifications professionnelles et techniques, les ressources humaines, les équipements et autres moyens matériels nécessaires pour mener à bien toutes les phases du projet, à savoir la conception, la construction, l'exploitation et la maintenance;

b) Être en mesure de gérer les aspects financiers du projet et de faire face sur le long terme aux besoins de financement pour la conception, la construction et l'exploitation;

c) Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'infrastructures publiques.

Recommandation 16. Les soumissionnaires devraient être autorisés à constituer des consortiums pour soumettre leurs propositions, à condition que chacun des membres d'un consortium présélectionné ne puisse participer, directement ou par l'intermédiaire de filiales, qu'à un seul consortium soumissionnaire.

Recommandation 17. L'autorité contractante devrait établir une liste restreinte des soumissionnaires présélectionnés qui seront ultérieurement invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée.

Procédure de sollicitation de propositions (voir chapitre III, "Sélection du concessionnaire", par. 51 à 84)

Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

Recommandation 18. Une fois la procédure de présélection terminée, l'autorité contractante devrait inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions définitives.

Recommandation 19. Nonobstant ce qui précède, l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés, lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir un cahier des charges ou des indicateurs de résultats et des clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent:

- a) L'autorité contractante devrait tout d'abord inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions sur la base des spécifications concernant le produit demandé et d'autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles proposées;
- b) L'autorité contractante peut réunir les soumissionnaires afin de clarifier certains points de la sollicitation initiale de propositions;
- c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser le cahier des charges et les clauses contractuelles initiaux avant de publier une sollicitation définitive de propositions.

Teneur de la sollicitation définitive de propositions

Recommandation 20. La sollicitation définitive de propositions devrait inclure au minimum les renseignements suivants:

- a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions;
- b) Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante concernant les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement;
- c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante;
- d) Critères d'évaluation des propositions, importance relative à accorder à chacun de ces critères et manière de les appliquer dans l'évaluation des propositions.

Éclaircissements et modifications

Recommandation 21. L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, modifier la sollicitation définitive de propositions en publiant des additifs dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.

Critères d'évaluation

Recommandation 22. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques devraient permettre de déterminer la mesure dans laquelle la proposition présentée par le soumissionnaire peut satisfaire les besoins de l'autorité contractante, et porter notamment sur les éléments suivants:

- a) Rationalité technique;
- b) Faisabilité opérationnelle;
- c) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité;
- d) Potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

Recommandation 23. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales peuvent inclure, selon qu'il convient:

- a) La valeur courante des péages, redevances et autres charges proposés pendant la période de la concession;
- b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante devra effectuer, le cas échéant;
- c) Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur courante des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance;
- d) L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, des pouvoirs publics;
- e) La rationalité des arrangements financiers proposés;
- f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles proposées.

Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions

Recommandation 24. L'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques et commerciaux qui doivent être pris en considération dans les propositions, conformément aux critères énoncés dans la sollicitation de propositions. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils devraient être considérées comme non conformes.

Recommandation 25. Qu'elle ait ou non recouru à une procédure de présélection, l'autorité contractante peut conserver le droit d'exiger des soumissionnaires qu'ils confirment leurs qualifications conformément aux critères et procédures énoncés dans la sollicitation de propositions ou dans le dossier de présélection, selon qu'il convient. En cas de procédure de présélection, les critères seront les mêmes que ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

Négociations finales

Recommandation 26. L'autorité contractante devrait classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et inviter à une négociation finale le soumissionnaire qui a présenté la proposition ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne peuvent pas porter sur les clauses contractuelles déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

Recommandation 27. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un accord de projet, elle devrait informer ce dernier qu'elle y met fin et inviter ensuite

les autres soumissionnaires à des négociations en fonction de leur note jusqu'à ce qu'elle parvienne à un accord de projet ou rejette toutes les propositions restantes.

Négociations directes (voir chapitre III, "Sélection du concessionnaire", par. 85 à 96)

Recommandation 28. La loi devrait énoncer les cas exceptionnels dans lesquels l'autorité contractante peut être autorisée par une autorité supérieure à sélectionner le concessionnaire par voie de négociations directes, tels que les cas suivants:

- a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d'ouvrir une procédure de sélection avec appel à la concurrence;
- b) Lorsque les projets sont de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas un faible montant spécifié;
- c) Pour des raisons de défense ou de sécurité nationales;
- d) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé (par exemple, en raison de la nécessité d'utiliser une technologie brevetée ou un savoir-faire unique);
- e) Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsqu'aucune proposition n'a satisfait aux critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions, et lorsque, de l'avis de l'autorité contractante, la publication d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet;
- f) Autres cas où l'autorité supérieure du pays hôte autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

Recommandation 29. La loi peut imposer la procédure ci-après pour les négociations directes:

- a) L'autorité contractante devra publier un avis d'ouverture de la procédure de négociation et mener des négociations avec un nombre aussi grand que possible de sociétés jugées capables d'exécuter le projet en fonction des circonstances;
- b) L'autorité contractante devra fixer les critères de qualification et d'évaluation des propositions, les faire connaître aux soumissionnaires et déterminer l'importance relative à accorder à chacun d'entre eux ainsi que la manière dont ils devront être appliqués dans l'évaluation des propositions;
- c) L'autorité contractante devra traiter les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents;
- d) Toutes négociations de ce type entre l'autorité contractante et les soumissionnaires devront être confidentielles et une partie aux négociations ne devra révéler à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations commerciales concernant les négociations sans le consentement de l'autre partie;
- e) À l'issue des négociations, l'autorité contractante devra prier tous les soumissionnaires qui restent en compétition de soumettre, avant une date donnée, leur meilleure offre définitive pour tous les éléments de leur proposition;
- f) Les propositions devront être évaluées et notées conformément aux critères d'évaluation fixés par l'autorité contractante.

Propositions spontanées (voir chapitre III, “Sélection du concessionnaire”, par. 97 à 117)

Recommandation 30. À titre d’exception aux procédures de sélection décrites dans les recommandations 12 à 25, l’autorité contractante peut être autorisée à examiner des propositions spontanées conformément à une procédure spécifique prévue par la loi à cette fin, à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé une procédure de sélection.

Procédure de détermination de l’admissibilité des propositions spontanées

Recommandation 31. Après réception et examen préliminaire d’une proposition spontanée, l’autorité contractante devrait faire savoir à son auteur, dans un délai raisonnablement court, si le projet présente ou non un intérêt général potentiel. Dans l’affirmative, elle devrait l’inviter à soumettre une proposition officielle suffisamment détaillée pour qu’il soit possible d’évaluer de façon satisfaisante le concept ou la technologie et déterminer si la proposition répond aux conditions imposées par la loi et est susceptible d’être appliquée avec succès à l’échelle prévue dans le projet proposé.

Recommandation 32. L’auteur de la proposition devrait conserver la propriété de tous les documents soumis pendant toute la procédure et ces documents devraient lui être restitués si la proposition est rejetée.

Procédure d’examen des propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés

Recommandation 33. L’autorité contractante devrait entamer une procédure de sélection ouverte au titre des recommandations 12 à 25 ci-dessus s’il s’avère que l’exécution du projet est possible sans recours à un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l’auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, ou si le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent. L’auteur de la proposition spontanée devrait être invité à participer à cette procédure et pourrait bénéficier d’un avantage du fait de cette soumission.

Procédure de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

Recommandation 34. S’il apparaît qu’il ne serait pas possible d’exécuter le projet sans utiliser un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l’auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, l’autorité contractante devrait rechercher des éléments de comparaison. À cette fin, elle devrait publier une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d’autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné raisonnable.

Recommandation 35. L’autorité contractante peut entamer des négociations avec l’auteur de la proposition spontanée si aucune autre proposition n’a été reçue, sous réserve de l’approbation d’une autorité supérieure. Si d’autres propositions sont soumises, l’autorité contractante devrait inviter tous leurs auteurs à participer à des négociations conformément aux dispositions b) à f) de la recommandation 27.

Procédure de recours (voir chapitre III, “Sélection du concessionnaire”, par. 118 à 122)

Recommandation 36. Les soumissionnaires qui déclarent avoir subi, ou qui peuvent subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d’une obligation imposée à l’autorité contractante par la loi peuvent introduire un recours contre les actes de l’autorité contractante conformément aux lois du pays hôte.

Avis d’attribution du projet (voir chapitre III, “Sélection du concessionnaire”, par. 123)

Recommandation 37. L’autorité contractante devrait faire publier un avis d’attribution du projet. Cet avis devrait donner la désignation du concessionnaire et un résumé des principales clauses de l’accord de projet.

Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution (voir chapitre III, "Sélection du concessionnaire", par. 124 à 130)

Recommandation 38. L'autorité contractante devrait dûment conserver les actes et principales informations liés aux procédures de sélection et d'attribution.

IV. CONSTRUCTION ET EXPLOITATION DE L'INFRASTRUCTURE

Dispositions générales de l'accord de projet (voir chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 1 à 11)

Recommandation 39. La loi pourrait indiquer les principales clauses devant figurer dans l'accord de projet, qui pourraient comprendre les clauses mentionnées dans les recommandations 39 à 65 ci-après.

Recommandation 40. Sauf disposition contraire, l'accord de projet est régi par la loi du pays hôte.

Organisation du concessionnaire (voir chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 12 à 18)

Recommandation 41. L'autorité contractante devrait avoir la possibilité d'exiger des soumissionnaires sélectionnés qu'ils constituent une entité juridique indépendante ayant son siège dans le pays.

Recommandation 42. L'accord de projet devrait préciser le capital minimum de la société de projet ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante des statuts de cette société et des modifications essentielles de ces statuts.

Site du projet et servitudes (voir chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 19 à 32)

Recommandation 43. L'accord de projet devrait préciser, lorsqu'il y a lieu, les actifs qui seront la propriété de l'État et ceux qui seront la propriété privée du concessionnaire. L'accord de projet devrait indiquer les actifs que le concessionnaire est tenu de transférer à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet; les actifs que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, racheter au concessionnaire et les actifs que le concessionnaire peut librement retirer ou dont il peut librement disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de projet.

Recommandation 44. L'autorité contractante devrait aider le concessionnaire à acquérir les servitudes nécessaires à l'exploitation, à la construction et à la maintenance de l'ouvrage. La loi pourrait autoriser le concessionnaire à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y fixer des installations selon les besoins de l'exploitation, de la construction et de la maintenance de l'ouvrage.

Arrangements financiers (voir chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 33 à 51)

Recommandation 45. La législation devrait permettre au concessionnaire de percevoir des redevances ou droits d'utilisation pour l'utilisation de l'installation ou des services qu'elle fournit. L'accord de projet devrait prévoir des méthodes et formules d'ajustement de ces redevances ou droits.

Recommandation 46. Lorsque les redevances ou droits demandés par le concessionnaire sont soumis au contrôle externe d'un organisme de réglementation, la loi devrait énoncer les mécanismes de révision périodique et extraordinaire des formules d'ajustement.

Recommandation 47. L'autorité contractante devrait être habilitée, s'il y a lieu, à convenir d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances que doivent acquitter les utilisateurs ou à s'engager à acheter des quantités déterminées de biens ou de services.

Sûretés (voir chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 52 à 61)

Recommandation 48. Le concessionnaire devrait avoir la charge de mobiliser les fonds nécessaires pour construire et exploiter l'ouvrage et, à cette fin, il devrait avoir le droit d'obtenir tout financement requis pour le projet en constituant une sûreté sur l'un quelconque de ses biens, en nantissant les actions de la société de projet, en nantissant le produit et les créances provenant de la concession ou en constituant toute autre sûreté appropriée sans préjudice de toute règle de droit pouvant interdire la constitution de sûretés sur un bien public détenu par le concessionnaire.

Cession de la concession (voir chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 62 et 63)

Recommandation 49. L'accord de projet devrait énoncer les conditions auxquelles l'autorité contractante peut donner son consentement à la cession de la concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de l'accord de projet et la production par ce dernier de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service. La concession ne devrait pas être cédée à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante.

Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet (voir chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 64 à 68)

Recommandation 50. Le transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire peut être soumis à l'assentiment de l'autorité contractante.

Travaux de construction (voir chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 69 à 79)

Recommandation 51. L'accord de projet devrait énoncer les procédures d'examen et d'approbation des plans et spécifications de l'ouvrage, le droit de l'autorité contractante de surveiller la construction dudit ouvrage ou les améliorations apportées à celui-ci, les conditions auxquelles elle peut ordonner des modifications des spécifications et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage, de ses équipements et de ses dépendances.

Exploitation de l'infrastructure (voir chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 80 à 97)

Recommandation 52. L'accord de projet devrait énoncer, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

- a) L'adaptation du service afin de répondre à la demande effective de ce service;
- b) La continuité du service;
- c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques à tous les usagers;
- d) L'accès non discriminatoire, selon qu'il convient, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le concessionnaire.

Recommandation 53. L'accord de projet devrait indiquer:

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

b) Les procédures permettant de suivre les résultats du concessionnaire et de prendre les mesures raisonnables que l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peut juger appropriées pour veiller à ce que l'ouvrage soit correctement exploité et que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables.

Recommandation 54. Le concessionnaire devrait avoir le droit de publier et de faire appliquer les règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation.

Arrangements contractuels généraux (voir chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure", par. 98 à 150)

Recommandation 55. L'autorité contractante peut se réserver le droit d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou des personnes ayant un lien avec lui. En principe, l'autorité contractante ne devrait pas refuser de donner son approbation, sauf si les contrats contiennent des dispositions incompatibles avec l'accord de projet ou manifestement contraires à l'intérêt général ou aux règles impératives relevant du droit public.

Recommandation 56. Le concessionnaire et ses prêteurs, assureurs et autres cocontractants devraient être libres de choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles, sauf lorsqu'un tel choix irait à l'encontre de l'ordre public du pays hôte.

Recommandation 57. L'accord de projet devrait énoncer:

a) Les formes, la durée et les montants des garanties de résultat que le concessionnaire peut être tenu de fournir pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage;

b) Les polices d'assurance que le concessionnaire peut être tenu de souscrire;

c) L'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit à la suite de modifications de la législation ou d'autres changements de la situation économique ou financière rendant l'exécution de l'obligation sensiblement plus onéreuse que ce qui était initialement prévu. L'accord de projet devrait prévoir par ailleurs des mécanismes de révision, en cas de tels changements, des clauses qui y figurent;

d) La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans l'accord de projet en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable;

e) Les voies de recours ouvertes à l'autorité contractante et au concessionnaire en cas de défaillance de l'autre partie.

Recommandation 58. L'accord de projet devrait énoncer les cas dans lesquels l'autorité contractante peut temporairement assurer l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions, en cas de manquement grave du concessionnaire à ses obligations.

Recommandation 59. L'autorité contractante devrait être autorisée à conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec l'assentiment de ladite autorité, d'un nouveau concessionnaire dans le cadre de l'accord de projet en vigueur, si le concessionnaire original manque gravement à l'obligation de fournir le service requis ou si surviennent d'autres événements donnés pouvant justifier la résiliation de l'accord de projet.

V. DURÉE, PROROGATION ET RÉSILIATION DE L'ACCORD DE PROJET

Durée et prorogation de l'accord de projet (voir chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet, par. ____)

Recommandation 60. La durée de la concession devrait être précisée dans l'accord de projet.

Recommandation 61. La concession ne devrait pas être prorogée, sauf dans les cas prévus par la loi, tels que les suivants:

- a) Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable des parties;
- b) Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques;
- c) Pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans l'accord de projet et que le concessionnaire ne serait pas en mesure d'amortir pendant la durée normale de l'accord de projet.

Résiliation de l'accord de projet (voir chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. ____)

Résiliation par l'autorité contractante

Recommandation 62. L'autorité contractante devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet:

- a) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations, en raison de son insolvabilité, d'une défaillance grave ou pour d'autres motifs;
- b) Pour des raisons d'intérêt général, sous réserve de l'octroi de dommages-intérêts au concessionnaire.

Résiliation par le concessionnaire

Recommandation 63. Le concessionnaire devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet dans des cas exceptionnels spécifiés dans la loi, tels que les suivants:

- a) Défaillance grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique dans l'exécution de ses obligations conformément à l'accord de projet;
- b) Exécution des obligations du concessionnaire rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'ordres de modifications ou d'autres actes de l'autorité contractante, de changements imprévus des conditions ou d'actes d'autres autorités publiques, et absence de convention entre les parties sur une révision appropriée de l'accord de projet.

Résiliation par l'une ou l'autre partie

Recommandation 64. L'une ou l'autre des parties devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties devraient en outre avoir le droit de résilier l'accord de projet par consentement mutuel.

Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet (voir chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. ____)

Transfert d'actifs à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire

Recommandation 65. L'accord de projet devrait indiquer les critères permettant de fixer, selon qu'il convient, l'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit pour des actifs transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou lors de la résiliation de l'accord de projet.

Arrangements financiers lors de la résiliation

Recommandation 66. L'accord de projet devrait spécifier les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation de l'accord de projet, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application de l'accord de projet et les dommages-intérêts pour préjudice subi, y compris pour manque à gagner.

Liquidation et mesures transitoires

Recommandation 67. L'accord de projet devrait indiquer, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

- a) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;
- b) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;
- c) La prestation, par le concessionnaire, des services d'exploitation et de maintenance et la fourniture de pièces détachées, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire.

VI. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire (voir chapitre VI, "Règlement des différends", par. ____)

Recommandation 68. L'autorité contractante devrait être libre de convenir de mécanismes de règlement des différends considérés par les parties comme adaptés aux besoins du projet, y compris l'arbitrage.

[*Recommandation 68 bis.* La loi devrait indiquer si – et, dans l'affirmative, dans quelle mesure – l'autorité contractante peut opposer l'immunité souveraine, à la fois pour empêcher l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire et comme moyen de défense contre l'application de la sentence ou du jugement.]

Différends entre le concessionnaire et ses prêteurs, sous-traitants et fournisseurs (voir chapitre VI, "Règlement des différends", par. ____)

Recommandation 69. Le concessionnaire devrait être libre de choisir les mécanismes appropriés pour régler les différends commerciaux entre les promoteurs du projet ou entre le concessionnaire et ses prêteurs, sous-traitants, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.

Différends entre le concessionnaire et ses clients (voir chapitre VI, "Règlement des différends", par. ___)

Recommandation 70. Le concessionnaire peut être tenu de prévoir des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les plaintes déposées par ses clients ou les usagers de l'infrastructure.