

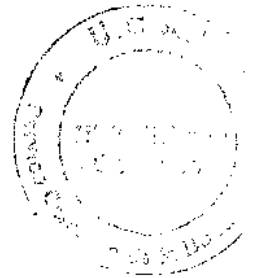
UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR



FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

DEPARTEMENT DE DROIT PRIVE

ANNEE 2009 – 2010



**LES NOUVEAUX CONTRATS DE DEVELOPPEMENT EN AFRIQUE :
ETUDE JURIDIQUE DES PROJETS "CONSTRUCTION – EXPLOITATION
– TRANSFERT" (CET)**

THESE

Pour l'obtention du Doctorat d'Etat en Droit privé
Présentée et soutenue publiquement le 24 Juillet 2010

Par I. K. Kenneth BALOGOUN

THD 213

MEMBRES DU JURY

PRESIDENT : Isaac Yankhoba NDIAYE, Agrégé de Droit Privé- Professeur Titulaire- Ancien

Doyen de la FSJP- Vice-Président du Conseil Constitutionnel du Sénégal

Université Cheikh Anta Diop de Dakar UCAD

Directeur de Thèse :

Roch Gnahoui DAVID, Agrégé de Droit Privé, Maître de Conférences Université

Cheikh Anta Diop de Dakar UCAD

Membres : Ndiaw DIOUF, Agrégé de Droit Privé- Professeur Titulaire- Doyen de la Faculté

des Sciences Juridiques et Politiques Université Cheikh Anta Diop de Dakar UCAD

Abdoulaye SAKHO, Agrégé de Droit Privé- Maître de Conférences- Directeur de

l'Ecole Doctorale JPEG- Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Alioune SALL, Agrégé de Droit Privé- Maître de Conférences, Chef du

Département de Droit Public - Université Cheikh Anta Diop de Dakar UCAD

La faculté des Sciences juridique et Politique n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Celles-ci doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Je m'autorise, à l'issue de ces recherches, d'offrir gratitude et reconnaissance à tous ceux qui, de près ou de loin, m'ont soutenu pendant ce parcours éprouvant.

Que mon Directeur de thèse, Le Professeur Roch Gnahoué DAVID, Agrégé des Facultés de Droit, trouve ici l'expression de mes vifs et chaleureux remerciements pour l'attention, le soutien et la générosité intellectuel, moral et didactique qu'il m'a portés au cours de ces recherches.

Je me permets, enfin, de lui avouer mon admiration.

C'est aussi, avec un plaisir tout particulier, que je remercie mes Professeurs de la Faculté de Droit de l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin) : Professeur Conceptia DENIS OUNSON, Professeur Dorothee C. SOSSA, S.E. M. MOUSSA OKANLA, Maître Germain ADINGNI, ceux de la Faculté de Droit de l'Université de Cocody (Abidjan) : Professeur Alain KAKOU, Professeur Cyprien KOUACOU, Professeur Alexandre AYIE AYIE, Professeur Paul-Yao NDRE et de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar : Professeur Abdel-Kader BOYE, Professeur Ndiaw DIOUF, Professeur Moussa SAME, Isaac Yankhoba NDIAYE, Professeur Dieumedort NZOUABETH.

Je tiens, enfin, à exprimer mes remerciements aux Ambassadeurs de Paix, aux membres de la Fédération des Familles pour la Paix Mondiale et l'Unification, MR Mbaye DIOP, Dr Omar NDONGO (WARC), Maître Joseph DJOGBENOU avocat au Barreau de Cotonou, Dr Serge SIMEN (ESP Dakar), mes camarades de la promotion 2001-2002 DEA Droit privé Me Aly Ould AHMED, Gabriel ATTIBA, Aminata DIOUF, Dr Yaya ABOUBACAR.

Et à l'Eternel mon profond recueillement.

DEDICACES

Loués soient :

Le Père Tout Omniscient et les vrais Parents.

A

Mes frères et sœurs Patrick, Wallace Bamidéle et Okundola Ebun déjà dans le bon monde spirituel,

Ma tendre, douce et attentionnée épouse Eymard JOHNSON-BALOGOUN,

Mes enfants Cheon-il Mafoya Brent et Seong-hee Adjike Sydney.

Mon père, Pierre, sur qui je bâtis mon caractère; homme d'honneur et travailleur; toujours soucieux de « gestion saine ». Tu n'as pas pu voir l'aboutissement de ce travail avant d'entreprendre le voyage éternel.

Ma mère, Cécile, maman aimable, pleine de gentillesse, de compassion, de sollicitude et d'Amour,

Mes frères et sœurs Lesage, Esther, Bébel-Erick, Ismael, Baudou-Ogoutchina et Dré-Aréli,

Le Sénégal qui m'a adopté,

L'Afrique, ma patrie,

Le Bénin, ma terre originelle,

Je dédie ce travail.

*« L'histoire change parce que les questions
qu'on lui pose changent »*

Fernand BRAUDEL

Cité par Maurice DRUON dans son allocution de

Bienvenue lors de la réception de Fernand

BRAUDET à l'Académie française (Le Monde, 3 Juin 1985)

*« We cannot have trade and commerce in world markets and
international waters exclusively on our terms, governed by our
laws resolved in our courts »*

1972 U.S. Supreme Court

Arret M.S. Bremen vs Zapata Offshore Co (407. U.S. 1., 1972)

Trad. Libre. **"Nous ne pouvons avoir un commerce sur les marchés mondiaux,
et un trafic maritime dans les eaux internationales, réglés exclusivement par nos
conditions, nos lois, et nos tribunaux nationaux"**

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : LE MONTAGE DU PROJET CET.....	23
TITRE I : L'ORGANISATION FINANCIERE DU PROJET CET.....	25
Chapitre I : La mobilisation des fonds.....	26
Chapitre II : La prise en compte des risques et la garantie de remboursement des fonds.....	88
TITRE II : L'ORGANISATION CONTRACTUELLE DU PROJET CET.....	145
Chapitre I : Le procédé contractuel de base.....	146
Chapitre II : Les divers contrats d'exécution de l'Accord de projet.....	204
DEUXIEME PARTIE : LE CONTENTIEUX DU PROJET CET.....	269
TITRE : LE REGELEMENT DES DIFFERENDS DU PROJET CET.....	271
Chapitre I : Le règlement non juridictionnel des litiges.....	273
Chapitre II : Le règlement juridictionnel des litiges.....	306
TITRE II : LE DROIT APPLICABLE AUX OPERATION RELATIVES AU PROJET CET.....	368
Chapitre I : L'application du droit du pays d'accueil du projet CET.....	370
Chapitre II : La soumission de l'opération CET à un tiers ordre juridique : Les tendances doctrinales et arbitrales.....	413

RESUME:

La technique contractuelle de Construction Exploitation Transfert (CET) est un mode renouvelé de financement de grands projets d'infrastructures publiques. Elle a été forgée par la pratique anglo-saxonne et "exportée" dans les autres sphères juridiques, notamment les pays en développement et dans des secteurs aussi divers que la communication, la production d'énergie, etc.

Le contrat CET est une convention par laquelle l'autorité concédante confie à un groupement d'entreprises (la société de projet) un droit de concession des équipements publics pour une durée prédéterminée, en contrepartie de leur financement, construction et exploitation, et surtout en acceptant de se faire rembourser par des recours aux actifs corporels et incorporels du projet.

Les projets CET sont, en effet, caractérisés par un important besoin en financement et des risques considérables.

C'est pourquoi, leur réalisation nécessite la mise en place d'une structure financière ayant pour vocation de mettre à la disposition des promoteurs les fonds requis et d'établir un mécanisme de garanties pour assurer le remboursement des dettes du projet et couvrir les risques.

Fruit de longue négociation, la technique CET nécessite par ailleurs un montage contractuel complexe destiné à confier un droit de concession, à la charger de construire des installations et à assurer les conditions appropriées à l'exploitation des ouvrages.

Au-delà de toutes considérations, la technique CET est d'une nature juridique ambivalente qui impose, à l'occasion de règlement de contentieux, l'intervention de juges étatiques (administratif et judiciaires) et de juges privés; notamment des arbitres.

Cette dualité de nature recommande également la prise en compte aussi bien du droit étatique ou national que du droit international dans toutes ses variantes.

Cette étude, approfondie par une doctrine imaginative et pour une codification ambitieuse dans certains pays mais encore timide dans d'autres, nous a conduit à préciser jusqu'à quel point les résultats des études de droit public et de droit privé sont capables de proposer des solutions conciliatrices des objectifs des autorités publiques et des impératifs des prêteurs et promoteurs privés.

SUMMARY:

Inherited from the Anglo-saxon experience, the Build, Operate, Transfer (BOT) is a way of financing great infrastructure projects in which the conceding authority entrusts to a consortium the right of their construction and exploitation, and the lenders agree to be refund only through the project cash flow and to limit their recours in both the body corporate and incorporated right of the project.

Inventing by innovating bank, the BOT became currently an essential instrument of finance, especially in developing countries in various such as communications, energy production, etc...

Characterized by the finance requirements and the accompanying considerable risks, the realization of BOT projects requires the installations of a financial structure having the ability to place at the disposal of the promoters the necessary funds, to establish a mechanism of guarantees to ensure the refunding of the project debts, and to cover the risks.

Besides being a fruit of a long negociation, the BOT technic requires the installations of a contractual structure intended to entrust to the concessionary company the right of concession, to charge it with building installations and to ensure the appropriate conditions of the project exploitation.

Enriched by imaginative doctrine and codified by ambitious legislators, the study of BOT leads us to wonder to which point the results of vertical studies and the laws of civil countries are able to propose conciliatory solutions to official authorities' objectives and the lenders and private promoters requirements.

INTRODUCTION GENERALE

1. La problématique du développement des pays africains ne peut être dissociée de celle de l'organisation des infrastructures publiques¹. Ces ouvrages jouent un rôle vital dans le développement économique et l'épanouissement des populations.

Si au départ, et pendant longtemps, la tendance était à la prise en charge par l'Etat de la construction et de l'exploitation de ces ouvrages, dès le début des années soixante dix, on a pu noter une forte implication des capitaux privés dans le secteur des infrastructures publiques².

2. Cette tendance à faire recours au secteur privé n'est pas, en fait, un phénomène isolé. Elle s'inscrit donc dans un mouvement plus général de contractualisation³ des actions et moyens publics d'intervention⁴. L'Etat, n'étant que le régulateur du jeu, utilise le fonctionnement de formes contractuelles pour tenter de trouver une place dans un réseau de relations qui souvent l'exclut⁵. Ces « accords », comme le note Jean Flavien LALIVE, « se comptent aujourd'hui par dizaines de milliers associant ou opposant Etats (qui agissent souvent par le biais d'entreprises publiques)⁶, d'un côté, à des personnes physiques ou morales étrangères de droit privé ou public de l'autre »⁷. Certes, on retrouve dans la plupart des cas, des transactions internationales dites classiques : contrat de fournitures, contrat de construction⁸, de concession de services publics, les marchés de travaux publics, d'achat ou de vente. L'adaptation constante recherchée fera apparaître et adopter des techniques plus ou moins élaborées : les contrats de vente d'ensembles industriels⁹ « Clé en mains » ou « produits en mains », les contrats de transfert de technologie, des contrats d'assistance

¹ On entend par infrastructure publique, une installation matérielle qui fournit des services « essentiels » à la population. Cette définition correspond aux centrales électriques, de réseaux de distribution d'eau, système de communications téléphoniques urbains et interurbains, installations de dessalement, stations d'épuration des eaux usées, équipements de ramassage et d'élimination des déchets, réseaux ferrés, routes, ponts aéroports, etc.

² Le secteur privé aide le gouvernement à couvrir les besoins en grands équipements en l'aidant à détecter et à créer de nouvelles installations conçues de manière originale, en assurant un examen approfondi de la faisabilité technique et financière des projets, en transférant la technologie entre autre.

³ Le contrat confirme son rôle salubre. Il occupe d'ailleurs, en droit public, une place remarquable aux côtés de l'acte unilatéral, prérogative par excellence de l'autorité publique.

⁴ Maryvonne Hecquart-Théron, La contractualisation des actions et moyens public d'intervention, AFDA, N° 6, 1993, p.451

⁵ La personne publique contractante ne mesure pas toujours les risques qu'elle fait courir aux deniers publics.

⁶ Encore appelées « les émanations » de l'Etat comme les collectivités locales ou publiques. La conclusion par celles-ci de contrats avec les acteurs privés posent des problèmes particuliers de validité par exemple.

⁷ J. F. LALIVE, « contrats entre Etats et personnes privées »... p. 22.

⁸ P. GLAVINIS, « le contrat international de construction », Paris GLN, Joly Edition 1993, p. 22

⁹ CNUDCI-Etude du secrétaire général : « contrats internationaux conclus pour le développement industriel. (AC/CND/191) Annuaire CNUDCI. 1980. VI XI P.132

technique, d'ingénierie, des contrats de système ou encore des contrats de recherche-développement.

3. A travers ces types de contrat, de nouvelles obligations incombent à l'opérateur privé. Il doit parfois supporter des obligations sociales et environnementales¹⁰.

La doctrine dans un effort de conceptualisation qualifie ces relations d'« accords », de « contrat », de « convention ».

4. Cette sémantique est relative à la qualification du *viniculum iuris* : « contrat d'Etat » (« state contrat ») « accord Nord-sud »¹¹, contrat d'investissement¹², « contrat transnationaux »¹³.

5. Chacune de ces expressions expriment, en fait, une organisation particulière des relations ainsi qu'une réalité juridique qui se veut protecteur de plusieurs intérêts. Ces termes rappellent, par exemples, les notions de service public, de clauses exorbitantes de droit commun, le principe de mutabilité des contrats administratifs en face de celui de l'intangibilité des contrats du code civil¹⁴.

6. Il apparaît que l'utilisation de ces expressions permet de mettre en exergue la partie étatique au contrat et donc, a fortiori, ses prérogatives. Il en va autrement lorsque ces relations sont qualifiées de « contrats internationaux »¹⁵. Avec les revendications de développement et

¹⁰ Thomas GLIOZZO, L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres, AJDA, 23 déc. 2002, p. 1471

¹¹ Fener, « Contrat Nord-Sud et transfert de Technologie, in contrats internationaux et pays en développement. Ed. Economica 1989 pp137-158.

¹² A. Brabant, « Les marchés publics et privés, op.cit p.57

¹³ J.F. LALIVE, Rec. Cours de la Haye, 1983, III, p. 30.

¹⁴ Aux termes de l'article 1134 du code civil français, « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. » De cette disposition, l'on a pu dégager le principe de l'immutabilité du contrat. La formulation de cette disposition est, pour certains auteurs, très équivoque. Les deux alinéas sont paradoxaux. Par contre, l'article 96 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal paraît assez clair. Il dispose que « le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable »

¹⁵ La qualification du contrat international a toujours été une mission délicate pour la doctrine et la jurisprudence. Divers critères ont été proposés. Dès les années 30, le Procureur général Matter dans des conclusions devenues célèbres soumises à la Cour de cassation a défini comme international le contrat qui entraîne un double mouvement flux et de reflux de marchandises et de capitaux par-dessus les frontières. Plus tard, la jurisprudence a qualifié d'international le contrat « qui met en jeu les intérêts du commerce international » (on qui « dépasse le cadre de l'économie interne » Il s'agit là du critère économique. Evidemment, ce critère est inadapté car, il ne recouvre pas toutes les variétés d'opérations internationales. Il en est ainsi par exemple des services. Ce critère est aussi jugé dépassé. Ce n'est pas pour rien autant que la jurisprudence l'abandonnerait (cf. Trib Gr. Inst. Dijon, 9 juin 1981). On peut constater que le critère économique ne satisfait pas aux attentes. C'est pourquoi, la jurisprudence a plutôt privilégié le critère juridique. Dans un arrêt *Hecht* du 19 juin 1970, la Cour d'appel de Paris a jugé que le contrat international est celui qui se « rattache à des normes juridiques émanant de plusieurs Etats » C'est plus tard que certaines jurisprudences ont une application combinée des deux critères (Arrêt *Sté des Fournitures Rencl*, Arrêt *Tardieu*)

la résolution 1803 des Nations Unies relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, ces contrats ont été qualifiés d' « accords de développement¹⁶ économique » ou de « contrat de développement »¹⁷.

7. Le terme « développement »¹⁸ met l'accent sur le rôle essentiel que joue l'Etat dans le progrès social et économique de la communauté nationale. C'est pourquoi, pour M. Mahmoud

Mais l'un des vrais problèmes que soulève le contrat international et qui nous intéresse ici, c'est la liberté accordée aux parties pour organiser leur relation. Il est constant qu'en matière contractuelle, les parties ont la possibilité de déterminer, par leur seule volonté, le contenu de leur contrat. Ainsi, appliquant le principe de l'autonomie de la volonté aux contrats internationaux, elles peuvent désigner la loi à laquelle sera soumis ce contrat. Pour Jean-Michel JACQUET, c'est une solution presque déroutante (J-M JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983, p. 7) Dans le cadre des contrats de développement (voir infra) les lacunes sont vite révélées. Il a souvent été avancé que dans ces cas, le principe d'autonomie mettrait les parties sur le même pied. Ce principe découle du principe de philosophie juridique selon lequel la volonté librement exprimée des parties a le pouvoir de créer à leur égard des obligations. La jurisprudence l'a consacré pour la première fois en 1884 (Arrêt *American Trading Co vs Québec Steamship* civ 5 déc. 1910). En matière contractuelle, le principe d'autonomie a été l'objet d'une controverse doctrinale très vive. Il semble que c'est Dumoulin qui a été le premier à l'évoquer pour justifier l'application de la loi du domicile conjugal à tous les biens des époux. Il en a fait recours plus tard en matière contractuelle. En France Pillet et Niboyet l'ont critiqué de façon véhémente. Ils estiment que permettre aux parties de désigner la loi applicable à leur relation c'est ignorer le caractère impératif de certaines lois. Car les règles du droit international privé sont, en réalité, des règles internes étendues aux relations privées internationales.

Et c'est justement sous cet aspect que le principe d'autonomie revêt tout son intérêt dans la relation contractuelle entre Etat et entreprise privée étrangère. En effet, reconnaître aux parties de déroger aux règles impératives nationales, c'est cautionner l'effritement de la souveraineté de l'Etat. Voir aussi, Karim « les contrats de réalisation d'ensembles industriels et de transfert de technologie », les Editions Quebec 1987, et CNUDCI, *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement des contrats internationaux de constructions et d'installations industrielles*, ONU.NY, 1988.

¹⁶ Sentence arbitrale Texaco-calasiatic c/Gouvernement Libyen 19 janvier 1977 in JDI, N°2 1977 p.360.

¹⁷ Le projet de centrale électrique de Laibin B en Chine, le projet de Bireck en Turquie, le projet d'autoroute Cross Israël Highway, la centrale thermique la Hub River au Pakistan, la centrale électrique de Jurfan Maroc, les projets d'aéroport de Glo au Bénin et Ndiass au Sénégal pour ne citer que ceux-là.

¹⁸ Il est important de donner une précision sur la notion de développement et les notions connexes (expansion, croissance, progrès, etc.). On a pu, en effet, noter que le terme de "développement" a deux significations complètement différentes. En premier lieu, le développement est considéré comme « une croissance élargie », qui s'inscrit dans la logique dominante. Certes, mais surtout, en second lieu, elle utilisée par exemple par des auteurs comme René Passel (in *L'économie et le vivant*) comme une alternative critique à la notion de croissance. On notera de la même façon que, plus tard des termes comme développement humain", "développement durable" ou "développement soutenable" vont être aussi passés comme une catégorie critique à la notion de "croissance". Mais en quoi consiste le développement ? et quelles sont ses implications à la croissance, le progrès, l'exploitation ? Le développement est un phénomène qualitatif irréversible qui induit une augmentation du niveau de vie (revenu réel par tête) comme l'indique P. BAROCH. Il définit, en effet, la notion connue ou ensemble de changements économiques sociaux, technique et institutionnels liés à l'augmentation du niveau de vie résultant des mutations techniques et organisationnelles issues de la Révolution industrielle du 18^{ème} siècle. D'après le Programme de Nations-Unies pour le Développement (PNUD), le développement consiste en « un élargissement de l'éventail des possibilités offertes à l'homme ». Dans le langage courant, on assimile la croissance dans un pays en développement au développement lui-même. D'un point de vue stratégique le développement peut être extraverti ou autocentré. Dans un premier cas, la notion est confondue à celles de croissance, d'expansion, de progrès. Or, si l'expansion est l'accroissement temporaire et éventuellement réversible de quantité économique liés notamment aux mouvements conjoncturels ; que la croissance est l'augmentation sur une période plus ou moins longues et dans des conditions de mutations des structures, de quantités significatives que l'on peut saisir à travers certains indicateurs on que le progrès est la signification finaliste donnée au processus de développement, le développement lui-même est un ensemble de transformation dans les structures mentales et institutionnelles permettant le soutien de la croissance. C'est cette conception que consacre François PERROUX, « le développement est une combinaison de changements mentaux et sociaux d'une population qui

MOHAMED SALAH, « le développement en Afrique, comme partout ailleurs, doit être pensée dans toutes ses dimensions et qu'il est vain, en tout cas dangereux, de vouloir en isoler afin de privilégier le seul aspect économique¹⁹.

8. Dans cette perspective, que recouvre la notion de « contrat de développement » et la pratique qui en est faite ? Depuis plusieurs décennies déjà, l'autorité publique ou l'Etat contracte avec les acteurs du secteur privé dans le cadre de la réalisation d'infrastructures publiques. Ceci remonte bien loin dans la période coloniale. Ce partenariat, compte tenu des idéologies ou des politiques des autorités et des circonstances internationales, a connu une variation terminologique.

9. En remontant vers ce qui était appelé, les « territoires sans maîtres », on est édifié sur la pratique contractuelle des « chefs indigènes » qui « abandonnaient pour quelque verroterie ou quelques bouteilles d'alcool, par "contrat", sans saisir ce qu'ils faisaient à des explorateurs agissant au nom de leur gouvernement des droits de souveraineté territoriale.²⁰

M. Sourang a su, à juste titre, remarquer que sur le plan historique, la concession peut s'analyser comme l'instrument juridique de légitimation d'une pénétration politique de certaines nations européennes dans les zones de partage.²¹ De tels contrats peuvent-ils être avantageux pour des autorités autochtones faibles et placées sous domination étrangère ?

la rendent apte à faire croître, enmulativement et durablement son proglobal» (in "La notion de développement", Janvier 1961. L'économie du XXe S, PUF, 1961). Il est donc évident qu'il y a un lien entre la notion de développement et de croissance. Toutefois, il peut y avoir croissance sans développement mais il ne peut y avoir de développement sans croissance. La deuxième hypothèse résulte du problème de la répartition du PIB et son utilisation. Il y a croissance avec développement lorsque les fruits de la croissance sont mis à la disposition de plus grand nombre de la population. C'est ainsi que la croissance permet le développement des infrastructures qui offrent de meilleures conditions de vie et satisfait d'abord les besoins primaires (nourriture, eau) mais aussi les besoins secondaires (santé, éducation). Cet objectif ne sera atteint que si la croissance est durable. Il faut alors créer les conditions de croissance pérenne dans tous les secteurs d'activité. Et c'est là qu'intervient les notions de développement durable, soutenable, viable. Cette conception a été introduit dans le débat par le rapport BRUNTLAND (Notre avenir à tous, ONU, 1987). Le rapport souligne que le développement durable correspond à la satisfaction des « besoins présents sans compromettre la capacité des générations à venir à satisfaire leurs propres besoins ». En tout état de réflexion, toutes les tendances de conception de la notion de développement soulignent la qualité de vie qu'apportent tous les changements infrastructurels, institutionnels. C'est donc la symbiose entre la quantité et la qualité.

¹⁹ M. Mahmoud MOHAMED SALAH, Quelles réformes de droit économique pour le développement en Afrique ? Colloque de Bruxelles Novembre 2009.

²⁰ Anédée BONDE, « Traité de droit international public ». Dalloz, Paris 1926.p.132. Sur l'origine et l'évolution des contrats entre Etats et ressortissant d'autres pays, cf. Jor VERHOEVEN, « Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats » et EL KOSHERI, « Stabilité et évolution dans les techniques juridiques utilisées par les pays en voie d'industrialisation » in « Le contrat économique international » A. PEDONE. Paris.1975 pp.115 et 285.

²¹ M. SOURANG, «La technique contractuelle dans les rapports Etats-Entreprises étrangères. Contribution à l'étude des conventions d'établissement conclus par les Etats africains ». Thèse Université de Bordeaux I. 1980 p.5.

L'affirmatif est difficilement soutenable. C'est pourquoi, les dénonciations²² et controverses dans les relations internationales invitent à une adaptation des politiques des Etats dominants.

10. Les puissances coloniales ont dû alors changer de stratégies. Elles ont exhorté leurs ressortissants à investir pour « mettre en valeur » d'abord et « développer » ensuite les colonies. L'expression « contrat d'investissement » est alors consacrée. Développer les colonies tel est désormais le leitmotiv du colonisateur.

11. L'objectif des contrats d'investissement serait de « créer des économies complètes où soient représentés tous les secteurs et non plus seulement celui du commerce d'exportation »²³. C'est le prélude à l'industrialisation des colonies et de la volonté des Etats indépendants d'assurer leur développement économique.

12. Cette évolution se poursuivra jusqu'aux « indépendances octroyées » de 1960. De nouvelles expressions apparaîtront pour désigner les relations entre Etats et personnes privées étrangères où, indistinctement les concepts de « contrat de coopération », d'« accord de développement économique » et surtout de « contrat de développement » sont utilisés.

13. Ces notions se focalisent sur les idées d'aide et de solidarité plutôt que sur celle d'investissement très libéral dans l'entendement de certains.²⁴

14. La notion de contrat de développement est d'une volatilité subtile. Que recouvre t-elle ? En quoi diffère – t-elle de la concession, du contrat d'investissement. Qu'est ce qui fait sa spécificité ? Constitue-t-il une catégorie juridique distincte ?

15. La variété terminologique du phénomène contractuel induit par elle-même la difficulté à saisir la notion de contrat de développement ; même les efforts de la doctrine sont restés dans l'incomplétude. On peut tout de même s'édifier à la lueur des législations sur les investissements.

Jean-Claude GAUTRON définit le contrat de développement comme « le document conventionnel par lequel sont fixées les conditions de l'activité d'une entreprise sur le territoire d'un Etat. (...) »²⁵ Cette définition nous semble lacunaire pour une double raison : elle ne précise pas la véritable nature de la convention dont il s'agit ; un départ n'est pas fait entre la convention d'établissement au sens de traité international et celle que les Etats

²² Lazare KOPELMANAS, « Protection des investissements privés à l'étranger », Revue DPCI 1975 n°1 p.5 et 6 . Ces dénonciations ont en point de départ les nationalisations opérées par le gouvernement iranien.

²³ Paul YAO-NDRE, op.cit. p.27.

²⁴ A juste titre peut-être. cf.P. YAO-NDRE. op.cit.p.28.

²⁵ J.C. GAUTRON, « Les conventions d'établissement conclues par le Sénégal avec des entreprises étrangères AFDI. 1968.p.655.

africains concluent avec les entreprises étrangères. La définition manque aussi de préciser leur raison fondamentale d'être : le développement économique et social. Laquelle raison constitue une contrepartie des « avantages anormalement grands »²⁶ dont bénéficient les cocontractants de l'Etat.

16. La conception de Philippe Kahn recueille notre adhésion. En effet, il définit le contrat de développement comme un accord entre un Etat et une entreprise privée étrangères précisant les conditions dans lesquelles la dite entreprise privée va pouvoir exercer une activité professionnelle sur le territoire de l'Etat mais dont la contrepartie est fournie sous forme de développement que vont permettre les capitaux apportés ».²⁷

Cette définition a le mérite d'insérer le contrat dans une politique globale de développement économique et social. Mais il ne faut, tout de même, pas occulter l'octroi de privilèges et autorisations excessifs aux ressortissants étrangers cocontractants.

La jurisprudence arbitrale a la même appréhension de la notion de contrat de développement. Dans sa sentence « *société d'électricité d'Athènes et du Pirée et autres c/ Etat hellénique*, M. Guggenheim définit le contrat de développement comme une convention par laquelle une société étrangère s'engage à faire certains investissements utiles au développement de l'Etat et bénéficiant de privilèges pour assurer sa propre rentabilité.²⁸ Récemment, René-Jean Dupuy, arbitre unique siégeant pour le règlement du litige opposant *Texaco-calasiatic c/ Gouvernement libyen*²⁹ a apporté plus précisions à la notion de contrat de développement. Selon l'auteur, plusieurs éléments caractérisent ce contrat : ce contrat revêt une importance réelle dans le développement du pays où ils sont exécutés.³⁰ Le cocontractant de l'Etat se trouve ainsi associé à la réussite du projet.

En effet, la durée du contrat, généralement de 15 à 30 ans, implique une attitude voire une obligation de coopération étroite entre l'Etat et son cocontractant et reconnaissance de responsabilités étendues à l'investissement. Aussi, en raison de l'objectif de coopération auquel doit participer le cocontractant de l'Etat et l'ampleur des investissements qu'il consent, le contrat de développement a-t-il pour but d'assurer un équilibre entre l'objectif d'intérêt général qui lui est assigné et la rentabilité nécessaire à la poursuite de la mission confiée à

²⁶ Philippe KAHN, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne. Afrique française. J.D.I. 1965, p.360.

²⁷ Philipp. KAHN, op.cit. p.381.

²⁸ Sur la sentence, cf. Prosper WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats entre un Etat et un particulier. RC.ADI. 1969 T.128, p.110.

²⁹ Sentence arbitrale au foud du 19 janvier 1977 p.360 paragraphe 45.

³⁰ Mentionnons en l'espèce les obligations assurées par la société concessionnaire en matière d'infrastructure routière ou portuaire, la formation sur place d'un personnel qualifié

l'entreprise privée. Il garantit aussi au cocontractant privé une certaine stabilité, justifiée par les investissements importants qu'il fait dans le pays.

17. L'apport des législations spécifiques sur les investissements est aussi édicteur pour l'intelligence de la notion de contrat de développement. A défaut d'une définition les codes des investissements des Etats africains énoncent des critères devant déterminer la conclusion de contrat de développement. Les codes des investissements précisent que seules les entreprises d'une certaine importance sont susceptibles de contribuer à l'exécution des programmes nationaux de développement économique et social ; et peuvent conclure de tels contrats avec l'Etat.³¹ En contrepartie de cet effort à l'édification nationale, les entreprises bénéficiaires se voient octroyées des avantages fiscaux et douaniers.³²

18. En définitive, le contrat de développement peut être défini comme un accord entre un Etat et une entreprise d'une importance exceptionnelle pour le développement économique et social de l'Etat d'accueil. Mais il est extrêmement important d'ajouter que pour être qualifié de contrat de développement, il ne doit pas tout simplement consister en une délocalisation des industries du nord vers le sud mais plutôt s'insérer harmonieusement dans la politique globale de développement nationale. Le rôle et la vigilance de l'Etat s'avèrent indispensable dans tout le processus.

19. Il n'est plus une originalité de constater que l'Etat est apparu dans le champ contractuel. Tous les Etats sont, certes à des degrés divers, des contractants ; même si la tendance récente est, dans l'ordre juridique international, à un certain désengagement de l'Etat.³³ L'Etat moderne a alors une fonction économique indispensable comme régulateur. C'est justement dans ce rôle que les Etats se seraient engagés. Particulièrement dans les pays en développement, l'Etat se doit de prendre les initiatives. Cette démarche s'impose

³¹ Sont considérées comme entreprises prioritaires d'une importance exceptionnelle pour le développement aux sens des codes des investissements, celles qui satisfont aux critères suivants :

-un volume d'investissement égal au moins à 500 millions de FCFA.

-la valorisation des ressources locales.

-création d'emploi à titre d'emploi permanent (100 à 500)

-un programme de formation professionnelle et de promotion des cadres nationaux pour la relève des expatriés.

-l'amélioration et le redressement de la balance commerciale et de la balance des paiements. cf. art 15, 18 du Code béninois des investissements du 9 Mai 1990

³² Il s'agit de la stabilisation fiscale, des abattements d'impôt et taxes différentielles, les garanties contre les nationalisations, le libre transfert des bénéfices

³³ Ce mouvement débuta au milieu des années 80 sous l'instigation des programmes d'ajustement structurel du FMI qui engendrèrent une avalanche de privatisations. Ce désengagement est d'ordre économique pour certains comme l'a souligné G. CISTAC, cf. G. CISTAC, op.cit p. Pour d'autres encore, le désengagement s'est exprimé par un assouplissement des règles de gestion cf. à ce propos, C. Stoffer, « Stratégies et structure de l'Etat », in « Où va l'Etat ? sous la direction de Lenoir et J. Lesourne, Le monde Editeur, Paris 1992 pp.321 et S.

naturellement d'autant que depuis presque une dizaine d'années, l'environnement international a évolué d'une manière significative et la philosophie de l'assistance au développement apparaît moins efficace. Car, la dette des pays du tiers-monde s'est considérablement accrue. Les contractants privés étrangers, sur instigation de bailleurs de fonds, expriment plus d'exigences.

20. L'implication du secteur privé apparaît comme une solution susceptible de renforcer un secteur public « malade » de non remboursement de dettes, d'une pléthore de personnel entre autre. Même si le contexte mondial a évolué, l'objectif de développement de ces pays n'est pas pour autant atteint.

21. Les pays en développement ont un besoin plus qu'impérieux de transfert de technologie d'infrastructures publiques. Si ce constat est fait depuis des années, il n'en demeure pas moins que les réactions et les résultats n'ont pas été convaincants. C'est le lieu de se demander si les contrats traditionnels dit de développement ont eu la capacité de remédier à ces difficultés. L'accent est, dès lors, mis sur l'exploitation et surtout la maintenance des ensembles industriels, les moyens adéquats pouvant permettre d'assurer les activités dans des conditions optimales.

22. On a pu noter une évolution et une transformation très fondamentale des relations contractuelles entre entreprises privées des pays développés ou autres organismes de financement et autorités publiques des pays en développement. Cette évolution permet aux autorités publiques de s'adapter aux réalités économiques internationales nouvelles. Elle a aussi consacré le rôle primordial du secteur privé dans le développement des infrastructures. Cet ensemble d'assouplissement qu'apporte le contrat dans le droit des contrats publics exprime une volonté affichée de proposer une nouvelle catégorie de moyen d'intervention étatique. Cette dernière vient s'ajouter aux précédentes telles que la délégation de travaux et ou de services publics. En quelque sorte, c'est le droit lui-même qui s'engage dans une perspective d'innovation et d'efficacité. Il habilite ainsi l'autorité publique à créer de nouvelles formes de contrats pour la conception, la réalisation ou la transformation, la réhabilitation, l'exploitation et le financement d'équipements publics ou la gestion et le financement de services ou une de ces différentes missions.

23. Dès le début des années 1980, on a noté un développement sans précédent de nouvelles formes d'investissement caractéristiques de l'aspiration croissante des entreprises à donner une couverture juridique efficace à leur investissement. Ce sont particulièrement des contrats exprimant les aspirations des entreprises privées et des pays d'accueil : les premières

souhaitent parvenir de façon concomitante à un partage des risques et à une sécurité juridique forte, stable et durable ; les seconds recherchent un accroissement de l'apport financier, humain et technologique de la part des partenaires étrangers.

24. La tendance s'est accrue ces dernières années. Les autorités publiques des pays en développement ont porté une particulière attention au *Build-operate-Transfer* (B.O.T)³⁴ ou Construction Exploitation Transfert. (C.E.T)³⁵ – pour la réalisation de grands projets d'infrastructures publiques. Le recours à la technique se justifie le déficit budgétaire, l'indisponibilité ou la limitation des fonds publics et de la rationalisation des choix budgétaires.

25. La formule de CET est un mécanisme de financement de grands projets d'infrastructures par lequel l'Etat ou l'une de ses émanations charge une personne, souvent un consortium d'entreprises, moyennant un contrat dit de concession et à la suite d'une procédure d'appel d'offres ayant pour objet d'assurer la concurrence, la publicité et la transparence, de faire construire, exploiter un ouvrage à caractère public, avec l'aide des prêteurs institutionnels et commerciaux et de l'Etat d'accueil. En réalité, les prêteurs mettent à la disposition de l'Etat des fonds indispensables et se font rembourser exclusivement, sans ou avec recours contre les actifs du projet, par les flux financiers. De son côté, l'Etat garantit, par le biais des contrats *take or pay* et *supply or pay*³⁶, respectivement une consommation minimale de produits du projet et l'approvisionnement en matières premières. Le groupement d'entreprises, qui en fait se formalise et devient société concessionnaire, a en contrepartie l'exploitation des installations et la perception des redevances directement auprès des utilisateurs des services ou des acheteurs des produits générés par le projet pour une période proportionnelle à la rentabilité. Cette période a pour d'assurer l'amortissement des capitaux investis et permettre une rémunération équitable des promoteurs. La société concessionnaire a, à la fin de la période ainsi déterminée de procéder au transfert gratuit de la propriété de l'infrastructure à l'Etat d'accueil du projet.

³⁴ Jean-Marc LONCLE, « Grands projets d'infrastructures : le montage Build-operate-Transfer (BOT) RDAI/IBJ N°8, 1997 P-945 ; Henry Lesguillons « Procédure de sélection ou d'une société de projet », RDAI/IBJ N°6 t958, P 604 et s. Bruno de Cazalot. Le contrat la construction dans le cadre des projets en BOT, RDAI/IBJ N° 4/5 1998 p 405.

³⁵ Cf. sur cette terminologie la loi sénégalaise N° 13/2004 du 13 février 2004 relative aux contrats de construction exploitation transfert d'infrastructures.

³⁶ Ce sont des contrats par lesquels l'Etat contractant s'engage respectivement à se racheter les produits finis du projet et ravitailler le cocontractant privé en matière première ou en énergie nécessaires pour un bon rendement du projet.

26. Avec la technique de CET, la société concessionnaire acquiert des droits dont la portée varie selon les divers procédés³⁷. L'étendue des droits conférés à la société concessionnaire sur la base du contrat en CET et ses variantes, se limite à un droit d'exploitation pour une période déterminée.

27. La technique de CET peut être assortie de recours limité ou intégral pour les banques. Il existe, en réalité, deux modes de financement des infrastructures : les modes de financement classiques et les modes de financement atypiques.

Les financements classiques se fondent sur le recours aux crédits à moyen et long terme ; ceux des banques commerciales, ceux accordés par des organismes de financement public ou sur le cofinancement lorsque plusieurs institutions financières internationales, comme la banque mondiale, s'associent à des organismes de financement privés ou à des banques commerciales internationales. Les crédits acheteur et fournisseur³⁸ constituent les plus importants modes de financement classique.

28. Les financements atypiques sont, plutôt, des montages plus ou moins éprouvés et conçus pour le financement de projets internationaux dans les pays où les risques commerciaux et politiques sont très élevés. On inclut également dans cette catégorie le *leasing* international, les opérations de compensation internationales, le *Project financing*, les émissions d'obligations et d'actions ainsi que les protocoles gouvernementaux.

³⁷ Il s'agit surtout, selon la terminologie anglaise, de :

- BOO (Build own and operate) ou CPI (Construire, être propriétaire et Exploiter). Elle permet à la société concessionnaire d'être propriétaire des installations sans aucune obligation de transfert de la propriété à l'autorité concédante, au contraire de la formule BOT où la société concessionnaire a transféré gratuitement la propriété des installations au gouvernement. Cette formule est rarement utilisée dans les grands projets de construction.
- BOOT (Build Own, operate and transfer) ou CPET (construction, être propriétaire, Exploiter et transférer se distingue de la BOT par la longueur de la période de concession. Cette période est plus longue dans les projets en BOT. C'est pourquoi, la formule de BOOT est utilisée pour les projets de faible rentabilité.
- BOOST (Build, Own, Operate, subsidize and transfer) ou CPEST (Construire, être propriétaire, exploiter, subventionner et transférer) donne à la société concessionnaire les mêmes droits que la formule BOT.
- DBFO (Design, Build, Finance, and Operate) ou CCFE (Concevoir, Construire, Financer et Exploiter) oblige la société concessionnaire non seulement à construire, exploiter et financer mais aussi à concevoir les installations. Au contraire de la formule BOT, dans la DBFO, l'autorité concédante reste propriétaire des équipements.
- BT (Build and transfer) ou CT (Construire et Transférer) met à la charge de la société concessionnaire la construction du projet, puis le rétrocède directement et immédiatement à l'Etat dès l'achèvement de l'opération de construction.
- BRT (Build, Rent and transfer) ou CIT (Construire, louer et transférer) est la formule selon laquelle la société concessionnaire n'est que locataire des installations. Il faut noter que cette technique est différente du lease-contrat dans la mesure où celui-ci ne met pas à la charge de la société concessionnaire la charge la construction des installations mais le paiement d'une redevance en contrepartie de l'exploitation.

³⁸ On peut préjuger que, dans la réalité, ces divers types de crédit profiteraient plus aux parties contractantes privées.

Les crédits acheteur et fournisseur sont des modes de financement standard des biens d'équipements à l'exportation avec la garantie de l'acheteur ou de l'exportateur³⁹

Dans les crédits acheteur et fournisseur, c'est la qualité de l'entrepreneur qui prime sur la rentabilité et des garanties. En effet, le projet est une entité séparée et identifiable, construite pour un objectif et un marché déterminé⁴⁰. Enfin, le coût du prêt dans une opération en CET est majoré par l'addition d'une marge de risques liés au projet lui-même ou à l'environnement de son exécution. Par contre, dans les crédits acheteur et fournisseur, le coût du crédit serait très bas si l'emprunteur bénéficie du soutien d'un organisme public du pays d'origine de l'exportation des équipements.⁴¹

29. En outre, le *Project financing* est « un financement d'une unité économique particulière dans lequel les prêteurs s'appuient initialement sur le cash flow et la capacité de cette unité comme source des flux financiers pour se faire rembourser et sur les actifs possédés par cette entité comme garantie du remboursement du prêt »⁴². Ainsi, dans le *project financing*, les prêteurs s'engagent à mettre à la disposition des promoteurs les fonds pour la construction des installations en tenant compte, uniquement, de la capacité d'autofinancement de l'unité économique qui leur permettront d'assurer le service de la créance.

30. Considéré comme l'ancêtre et le précurseur de la formule CET, le *project financing* est utilisé pour le financement de grands projets industriels et d'infrastructures. Mais au contraire de la technique CET qui concerne la construction des projets à destination de pays en développement, le *project financing* se rapporte en général à la réalisation des projets dans les pays industrialisés. Ainsi, les techniques de CET et de *project financing* se distinguent par la destination. Le recours au *project financing* a pour objectif principal, dans les pays développés, de contourner les dysfonctionnements de la réglementation qui engendreraient un risque élevé pour les investissements ; alors que dans les pays en développement, il s'agit lorsque l'autorité opte pour le *Build operate transfer* (CET) de contourner les contraintes du financement.

31. Dans les pays à tradition administrativiste comme la France, le Bénin ou le Sénégal, le financement de ces services s'effectuaient sous le régime classique de la concession.

³⁹ Antoine KHYR, Joël MAGDELAINE, Le financement de projet en concession (BOT model BNP Direction du commerce extérieur Cellule Ingénierie financière), 1988, p. 14

⁴⁰ LOMBARD François et d'AUVIGNY- LOMBARD Chantal, Risques et garanties des financements internationaux de projets dans les pays en voie de développement. Droit et pratique, Banque n° 401, 1980, p. 1361.

⁴¹ Antoine KHYR, Joël MAGDELAINE, op. cit. 1988 p. 14

⁴² TIXIER Frédéric, Banalisation périlleuse des financements de projet, MTF, 1993, n° 51 p. 70

Au début des années soixante dix, le déclin du recours à la concession, l'incapacité des emprunteurs de ne pouvoir présenter comme sûretés que les réserves existant dans le sous-sol, les besoins accrus de financement de nouveaux projets et la recherche des moyens d'y faire face, sous l'effet de la créativité des grandes banques internationales, auraient alors incité des banques innovatrices à choisir d'accorder des prêts sur la base des seuls revenus escomptés du projet⁴³. Ces innovations ont été renforcées aux Etats-Unis et au Canada, par des réglementations adéquates.

32. Pendant cette même période, la technique de CET a été "exportée" Outre-atlantique vers l'Europe. A cette époque, l'Europe avait déjà pris un retard considérable en matière de réalisation de grands projets d'infrastructures⁴⁴. Le premier financement de projet en CET européen a été mis en place pour l'exploitation du gisement de *Forties* par le groupe *British Petroleum*⁴⁵.

33. En Europe, sous l'inspiration des juristes anglais, la technique de financement de projet CET a subi des innovations. En effet, ceux-ci ont inventé une structure spécifique permettant aux prêteurs "sans recours" ou avec "recours limité" d'être protégés contre tous les tiers créanciers⁴⁶ par le biais d'un certain nombre de contrats annexés au contrat de prêt⁴⁷. Les projets ainsi financés par cette technique se sont accrus et la technologie utilisée s'est progressivement complexifiée et les schémas devenus sophistiqués. C'est dans les années quatre vingt dix que la technique a commencé par être expérimentée en Afrique⁴⁸.

34. La technique de financement de projet CET constitue une alternative aux investissements directs. On peut, déjà constater que des problèmes subsistent résultant aussi bien de la nature des prestations que des intervenants.

⁴³ COHEN-JONATHAN Gérard. Les concessions en droit international public, Paris, 1966.

⁴⁴ HIERONIMI Otto, Besoins de financement d'ouvrages publics dans la CEE, in *Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1993*, Colloque de Paris des 26 et 27 mars 1990 FEDUCI, FEC, 1991, p. 20.

Il faut noter que l'influence anglaise relayée depuis la seconde guerre mondiale par la force du modèle américain et sa capacité à exporter ses modes de faire grâce à ses grandes entreprises de travaux et d'ingénierie, a favorisé le transfert de cette technique vers l'Europe.

⁴⁵ En raison du coût élevé du projet (un milliard de Dollar), le groupe pétrolier britannique a décidé de s'associer avec la banque Morgan Guaranty pour financer le projet hors bilan.

⁴⁶ Il s'agit de l'Etat, organismes publics, fournisseurs, constructeurs, mainteneurs, exploitants, etc.

⁴⁷ Il s'agit souvent d'un contrat avec l'autorité concédante pour la poursuite de la licence au cas où les banques se substitueraient à l'emprunteur défaillant, de l'hypothèque sur les terrains et installations, nantissement des recettes du projet.

⁴⁸ En Egypte, les projets de Sidi Khrir, de Golf de Suez, des aéroports d'Alhmainc, de Marsa Alam, de Ras Sadr, des autoroutes d'Alexandrie-Fayoume, en Côte d'Ivoire, le projet de la Centrale de production d'énergie indépendante d'Azito montrent bien comment cette technique de financement de projet en BOT a gagné du terrain. Il est prévu de construire les aéroports Blaise Diagne (Sénégal), de Glo (Bénin) par cette formule

35. Relativement aux prestations, contrairement aux projets classiques, la réalisation des projets CET se déroule en principalement en trois opérations. En premier lieu, c'est la construction. La formule CET permet la construction d'infrastructures de production et de distribution de l'énergie (centrale thermique), la communication et la télécommunication (réseaux et centraux téléphoniques), les transports (des autoroutes et des aéroports), etc.⁴⁹. Il va de soi que le recours à la formule CET pour la construction d'infrastructures intelligentes renforce la compétitivité économique internationale de ces pays. La deuxième opération est l'exploitation des installations. Elle est centrale dans le financement dans la mesure où les prêteurs et les promoteurs se font rembourser sur les recettes générées tout au long de la période de gestion du projet.

36. Enfin, l'entité juridique créée pour l'exécution du projet acquiert la propriété des installations pendant la période de l'exploitation au terme de laquelle elle devra transférer cette propriété à l'Etat ou à l'organisme public concédant. Donc, contrairement aux projets classiques où l'entité publique prépare les spécifications de son besoin, puis les confie à un fournisseur ou à un constructeur payé par elle-même, dans les projets CET, l'entité publique concédante ne prend aucune responsabilité par rapport à la conception des spécifications, à la construction, à l'exploitation. C'est plutôt l'entité juridique privée qui assume cette responsabilité.

37. Quant à la complexité des intervenants⁵⁰, l'exécution du projet CET fait intervenir à travers une structure sociétaire de nombreuses et diverses parties dont les missions et les objectifs sont différents. Tout d'abord, les promoteurs se regroupent au sein d'un groupement d'entreprises ou d'une forme sociétaire du pays d'accueil afin de mobiliser les fonds nécessaires. En tant que participants au projet, les prêteurs sont de véritables associés des promoteurs pour assumer les risques liés à l'exécution du projet. L'intervention de ces deux premiers est encadrée par la puissance publique concédante qui organise la sélection⁵¹ du projet en fonction de critères variables, mais généralement fondés sur l'intérêt économique et social que le projet porte.

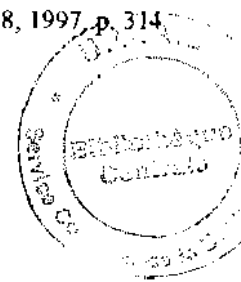
38. A ces trois intervenants principaux, s'ajoutent les constructeurs, les exploitants, les investisseurs participant au capital de la société concessionnaire.

La technique de financement de projet CET, en tant que telle, est l'expression nouvelle de modes de financement des grands projets. Son origine remonte à l'antiquité. En effet, des

⁴⁹ LONCLE J-M, La private finance initiative anglaise, RDAI n 8, 1999, p. 865

⁵⁰ LONCLE J-M, Grands projets d'infrastructures : le montage BOT, RDAI n. 8, 1997, p. 314

⁵¹ Cette sélection peut être aussi faite par les promoteurs privés



armateurs sollicitaient des capitaux auprès des banques pour construire et équiper des navires, dans la perspective que les gains dérivant de son exploitation (essentiellement les loyers payés par les affréteurs d'une charte-partie et /ou les sous-affréteurs) seront affectés au remboursement du prêt⁵². On peut ainsi qualifier le projet de Ferdinand de Lesseps au Khédive d'Egypte, en 1856, pour la construction et l'exploitation du Canal de Suez, puis le projet de la construction et l'exploitation du Canal de Panama comme des exemples précoces de financement de projet CET en Afrique.

39. La technique de financement de projet CET n'est donc pas totalement nouvelle. Mais elle est surtout le résultat de l'évolution de la contractualisation des relations des Etats.

40. C'est le lieu de se demander si les contrats traditionnels dit de développement ont encore la capacité de remédier à ces difficultés. L'accent est dès lors mis sur l'exploitation et surtout la maintenance des ensembles industriels. Lorsque les moyens adéquats pouvant permettre d'assurer les activités dans des conditions optimales, on peut remarquer une diminution considérable des risques industriels et corrélativement une augmentation des garanties de fonctionnement.

41. En tant qu'approche renouvelée sur laquelle les pays en développement fondent de grands espoirs pour poursuivre leur développement économique, la formule CET revêt une grande importance. Elle constitue, pour l'Etat, une source de financement lui permettant de garder sa marge de manœuvre budgétaire tout en mobilisant rapidement des ressources financières⁵³ pour la réalisation des grands projets⁵⁴. En déchargeant une partie des besoins de financement sur le secteur privé, l'Etat réduit le ratio de l'endettement extérieur. Il pourra donc concentrer ses ressources sur les secteurs qui ne peuvent être financés que par le secteur public à cause du manque de rendement financier, comme la santé, la défense, l'éducation, la sécurité sociale, etc. De plus, les risques techniques et financiers sont supportés par les promoteurs et les prêteurs, et à la fin de la période de la concession, les installations seront transférées gratuitement à l'Etat qui bénéficiera alors d'un projet en bon état de fonctionnement et rentable.

⁵² Camille JAUFFRET-SPINOSI, Claude KELLY. La protection contractuelle. in Les eurocrédits un instrument du système bancaire pour le financement international, Colloque de Dijon 1981, Litec, Paris. 1981, p. 545

⁵³ Notamment des fonds propres et des prêts bancaires.

⁵⁴ Ceux-ci sont, en effet, caractérisés par l'ampleur des besoins en financement. V. à ce propos Chantal DUCHENE, Gestion déléguée en matière de transport urbain, in L'expérience française de financement privé, sous la direction de Claude MARTINAUD. Economica, 1993, p. 149 ; Anne SCHOLLEN, Libéralisation des infrastructures de télécommunication, RDAI, N°5, 1995, p.622.

42. Il est évident que de nos jours, les possibilités immédiates de financer des investissements publics par les budgets publics des Etats et des collectivités territoriales, surtout dans les pays en développement, sont limitées et les possibilités de recourir à l'endettement public le sont également⁵⁵. Le financement privé d'ouvrages publics apparaît comme le seul moyen de combler les écarts existants entre les besoins énormes d'investissements publics et les ressources budgétaires limitées. Ainsi la participation du secteur privé au financement comme à la gestion favorise l'introduction de méthodes de gestion modernes et efficaces⁵⁶.

43. En Afrique, bien que les contrats CET soient de plus en plus utilisés par les gouvernements, la matière n'a, à notre connaissance, pas fait l'objet d'une étude complète. En France, les études qui ont été réalisées se sont, plutôt, penchées sur l'examen de la technique sans un approfondissement des problèmes auxquels les intervenants sont confrontés. Elles n'ont pas, par exemple, essayé de savoir si les règles juridiques internationales et nationales existantes contiennent ou non des solutions adéquates, en l'absence de législations spéciales.

44. Au vu de ce qui précède, il est évident de constater que la notion de contrat CET, en plus de l'apparence d'une qualification innommée aussi simple, demeure une notion « fuyante et multiforme » ; ce qui ne rend sa compréhension facile. Mais cette difficulté ne justifie pas à elle seule son examen.

45. En réalité, l'utilisation de la technique suscite des appréhensions, plus radicalement des doutes, à un double niveau. La première incertitude qui affecte la matière est relative à la nature juridique de l'opération CET considérée globalement mais surtout de celle de l'accord de projet⁵⁷ en tant que noyau contractuel de l'opération. L'accord de projet est, en effet, qualifié de concession. Mais cette qualification ne résout pas les embarras de sa nature juridique. Depuis longtemps déjà, la détermination de la nature juridique de la concession de

⁵⁵ POUPRAT-LAFARGE Olivier. Problème de la maîtrise des coûts de construction et de la fixation des peages, in *Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1993*, Colloque de Paris des 26 et 27 mars 1990, Organisé par FEDUCI, FEC, 1991, p. 121.

⁵⁶ HIERONYMI Otto, *op. cit.* p.21.

⁵⁷ L'Accord de projet est le contrat de base. Il est appelé contrat de concession dans certains pays. Il est, dans tous les cas, au centre de la formule BOT. En réalité, il s'agit d'un contrat cadre qui définit les droits et obligations de la société concessionnaire et des pouvoirs publics relativement à la réalisation et l'exploitation de l'ouvrage. L'Accord de projet constitue la clé de voûte du dispositif contractuel.

service ou de travaux a révélé une littérature abondante et soulevé une controverse jurisprudentielle et doctrinale⁵⁸.

46. La plupart des pays qui ont eu recours à la formule CET pour la réalisation des infrastructures ont fait de l'Accord de projet le principal instrument juridique des arrangements complexes inhérents au mécanisme. D'autres part, par contre, au regard de leur tradition juridique et administrative, ils ont attribué les projets CET sur la base d'instruments administratifs dénommés « autorisation de concession » ou de « licence ».

Selon le système juridique du pays considéré, ces instruments peuvent être succincts, renvoyant à la législation obligatoire sur les concessions ou aussi détaillé comme c'est le cas de l'Accord de projet.

47. C'est pourquoi, il est important de distinguer la nature juridique d'un Accord de projet de celle d'une simple autorisation. En effet, beaucoup de conséquences s'y attachent. Lorsque c'est la procédure contractuelle qui est employée, l'autorité publique agit à titre commercial, de sorte que s'applique le droit commun des contrats. Alors que l'autorisation ou la licence est un instrument administratif régi par le droit administratif.

48. Cette différence de nature ou de qualification de l'Accord de projet produit un certain nombre de conséquences. Par exemple l'autorisation administrative ou la licence sont révocables ou peuvent être modifiées par le gouvernement à son gré, sans le consentement préalable de la société de projet. Par contre, un Accord de projet, en tant que contrat, ne peut être modifié que par accord mutuel des signataires.

⁵⁸ On a longtemps confondu les notions de concession de travaux publics et de services publics. C'est à partir de l'Arrêt Thérond du Conseil d'Etat du 4 mars 1910 que la concession de service public a acquis son autonomie par rapport à la concession de travaux publics. Ainsi la concession du 14 mars 1986 que la France et La Grande-Bretagne ont consenti à Eurotunnel en application du Traité de Cantorbéry du 12 Février 1986 pour le financement, la construction et l'exploitation de la liaison fixe transmanche est doublement qualifié de concession de travaux et de services publics. Evidemment, au regard du droit administratif, ce contrat implique l'exécution d'un travail public et l'exploitation d'un service public. Ce contrat est particulier dans la mesure où le concessionnaire est en relation simultanée avec deux Etats ; ce qui soumet le contrat à des règles inspirées à la fois du droit français et du droit britannique. (Cf. J. M. D. Eurotunnel. Les contrats relatifs à la construction du tunnel sous la Manche, *Les Petites Affiches*, 20 septembre 1995, p. 4). Le contrat du 29 avril 1995 pour la construction du « Stade de France » a été qualifié de concession de travail public. Le Président du tribunal administratif, dans son ordonnance du 2 novembre 1994 a décelé des caractères de délégation de service public (AJDA 1995, II, p. 147, note Bréchon-Moulènes). Cette qualification nous bizarre paraît dans la mesure où la délégation de service public implique l'exploitation du service par le délégataire ; ce qui n'est pas le cas dans ce contexte. Ici, le délégataire avait simplement le devoir de mettre l'ouvrage à la disposition des fédérations sportives et des clubs contre une redevance de location. Il ne l'exploite donc pas.

On peut aussi constater que le terme "concession" est « sert à désigner divers contrats d'intérêt public (...) ; et on l'évoque improprement dans des situations où il y a simplement permission plutôt que contrat (Cf. Xavier Bezançon, Essai sur les contrats de travaux et de services publics- contribution à l'histoire administrative de la délégation de missions publiques, LGDJ, Paris, 1999.

49. Aussi l'exécution par la Société de projet⁵⁹ peut s'avérer difficile selon le système administratif ou la tradition juridique du pays d'accueil de l'investissement. C'est pourquoi le contrat se prête mieux qu'un acte administratif à la mise en place du montage complexe d'infrastructures.

Lorsque l'accord est conclu entre l'Etat et une personne privée étrangère, il n'est pas déraisonnable de l'appeler « contrat d'Etat »⁶⁰.

50. Comme beaucoup de notions, celle-ci repose sur une réalité singulière, car le contrat CET, en tant que catégorie contractuelle particulière, soulève des difficultés qui appellent des solutions propres. M. JACQUET a conclu que l'essentiel des difficultés se manifeste par les conséquences résultant de la présence d'un Etat et d'une personne privée dans la relation. Or on sait, d'ordinaire que la seconde est, à de nombreux égards, soumise aux velléités⁶¹ de la première. On sait aussi cependant que l'existence de ce rapport d'autorité n'implique pas un rejet de la relation contractuelle, soit que chacun évolue dans un espace propre, ou que le contrat ne puisse, dans une certaine mesure s'accommoder de la persistance d'une certaine dose d'autorité. Il en résulte une diversité de règles applicables à la relation, notamment les règles du droit privé et du droit public.

51. La deuxième incertitude est relative à l'existence de contrats d'application, contrats satellites à l'Accord de projet.

L'Accord de projet constitue, en fait l'acte de concession liant le concédant et le concessionnaire. Cet acte se borne à renvoyer et à préciser les droits et obligations des parties que sont l'autorité publique et la société du projet. Les stipulations de cet acte renvoient à des contrats ultérieurs. Ces différents contrats ultérieurs se nouent entre le concessionnaire et des tiers à l'Accord projet.

52. En vérité, la structuration « Accord de projet »-contrat d'application pose énormément de difficultés ; surtout du fait de certains liens de connexité.⁶² Il reste que la figure de l'Accord de projet paraît, à certains égards, tenir du paradoxe⁶³.

⁵⁹ La société de projet est la société de droit privé concessionnaire du projet CET. C'est la personne morale privée dont les droits et obligations sont précisés dans l'Accord de projet. Elle résulte de la formalisation du consortium de promoteurs à l'origine du financement du projet. Elle peut comprendre dans son actionariat une grande entreprise internationale de génie civil et de travaux publics, une ou plusieurs fabricants de matériels ou une entreprise spécialisée dans l'exploitation et ou plusieurs investisseurs comme une banque d'affaires (La BMCE participe dans le financement de la réalisation de l'Aéroport International Blaise Diagne, plus de 256 banques ont dû réunir leur force pour le financement du Tunnel sous la Manche), ou des investisseurs institutionnels. La présence de ces derniers constitue un gage de sécurité pour les promoteurs privés.

⁶⁰ Jean Michel JACQUET, « Contrats d'Etat », Juris-Classeur 1998 Fascicule 565-60 n°1.

⁶¹ La société de projet peut, en effet, craindre la nationalisation ou l'expropriation.

⁶² Ces difficultés proviendraient parfois de la possibilité de la compensation de créances et dettes.

53. D'autres paradoxes peuvent être relevés et formuler en interrogations : comment un instrument contractuel aussi complexe peut-il jouer un rôle de simplification ?

La réponse est apparemment aisée. Il a un caractère normatif et prépare la conclusion de contrats d'application. Alors, comment se fait-il que des éléments essentiels de ces derniers puissent ne pas remettre en cause sa validité ? Comment, le seul Accord de projet, peut-il obliger toutes les différentes parties ? Et si les éléments essentiels des contrats d'application restent à négocier, en quoi l'Accord de projet peut-il influencer sur leur contenu ?

54. Ces interrogations se traduisent, en définitive par la réalité d'un régime complexe et nuancé. L'ensemble formé par l'Accord de projet et ses contrats d'application est à la fois altérité et complémentarité. En effet, si chaque contrat est distinct, en ce sens qu'il est juridiquement parfait et dispose d'un objet qui lui est propre, il n'en reste pas moins que ces différents contrats entretiennent sur certains points des rapports de dépendance et de complémentarité les uns avec les autres. Il se noue un lien d'indivisibilité fonctionnelle car la conclusion de chacun des contrats d'application trouve sa cause dans la passation préalable de l'autre. C'est devant l'impossibilité de définir dès, le départ, le contenu détaillé de l'opération d'ensemble que les parties se contentent d'établir un cadre à l'origine et après une suite de contrats.

55. Afin d'ordonner cet ensemble de contrats, l'Accord de projet, accord fondamental, met en place un système de normes hiérarchisées. Si ce lien de nature juridique ne concerne que les éléments accessoires du contrat d'application par exception, il peut affecter le cœur des accords. Dans ce cas, la supériorité hiérarchique de l'Accord de projet sur le contrat d'application constituera une limite à l'indépendance des conventions postérieures.

56. S'il est logique⁶³ d'affirmer la supériorité de l'accord de projet, comme sources de règles contractuelles, cela n'est pas sans conséquences. On peut se demander si le défaut affectant la formation de l'accord de projet doit conduire à l'anéantissement, par ricochet, des contrats d'application.⁶⁵ A cet égard, on peut relever le contrat d'évidence selon laquelle, si

⁶³ Comme le relevaient déjà certains auteurs en 1975 à propos de contrat de distribution. V. Jean-Marc MOUSSERON et alii, « Droit de la distribution, Litec, 1975, N°203, p.168. Le contrat en BOT correspond, en effet, au schéma contrat-cadre et contrats d'application.

⁶⁴ Par référence aussi à la structure contrat cadre / contrats d'application en matière de droit de la distinction.

Dans le même sens, Mr DIDIER, écrit que la Convention cadre « occupe un rang élevé dans la hiérarchie des normes juridiques (...) Par le nombre, par la diversité, par l'importance de ses stipulations, la convention cadre présente une spécificité qui la distingue et la met au-dessus des contrats d'application » cf P.DIDIER, « A propos du contrat de concession : la station de service. D. 1966.eh.56 ; dans le même sens P. Le Tourneau. « Quelques aspects de l'évolution des contrats ». Mélanges P.RAYMOND, Dalloz Sirey 1985 n°24 p360.

⁶⁵ Pendant longtemps, le problème a été vicié par la question de la nullité des contrats cadre de distribution pour indétermination du prix et de ses conséquences sur la validité des ventes élémentaires ; surtout à partir du

l'Accord de projet n'avait pas existé, les contrats d'application n'auraient jamais été conclus : il y a là un lien logique d'antériorité en quelque sorte.⁶⁶

57. On peut aussi relever dès à présent que l'Accord de projet ne peut pas déterminer tous les éléments essentiels des contrats d'application qui restent à conclure ; faute de quoi d'ailleurs, l'autonomie de ceux-ci leur qualification même de contrat serait douteuse. En revanche, l'Accord de projet contient des règles détaillées sur les modalités accessoires de passation et d'exécution des contrats d'application. En assurant aussi une standardisation des règles de passation et d'exécution des contrats d'application, les clauses de l'accord de projet contribuent à renforcer l'objet du groupe de contrats. En créant un lien de nature juridique entre lui et les contrats d'application, ces clauses marquent l'unité du groupe de contrats.

58. De cette recherche d'unité du groupe pourraient surgir à peu près inévitablement des difficultés. Tout d'abord une harmonisation des intérêts. C'est donc le récurrent dilemme de la protection des intérêts de l'Erat d'accueil et des investisseurs étrangers ou encore de la promotion et protection des investissements. Il faudra déterminer en droit, un principe pouvant permettre de prendre en considération harmonieusement l'intérêt supérieur⁶⁷ et les intérêts personnels aux contractants (qu'ils soient directs ou indirects...). Mais la difficulté qui compliquerait ici cette recherche d'égalité, c'est lorsque l'autorité publique, partie contractante à l'Accord de projet est aussi actionnaire de la société de projet ab initio ou en cours de vie avec laquelle elle aurait conclu cet Accord de projet. Un véritable conflit d'intérêts naîtrait où l'autorité publique serait, compte tenu de certaines prérogatives, « juge » et « partie ».⁶⁸

59. Si ces relations sont marquées par des conflits d'intérêts, il semble que l'on devrait parvenir à des compromis équilibrés depuis la négociation jusqu'au dénouement en passant par l'exécution. Le contrat CET doit pouvoir permettre une solidarité d'intérêts. Dans les domaines aussi variés que l'aménagement urbain, la construction ou la prestation de services. Le contrat CET a été promu dès le début des années 1990 sous la forme de concession accordée à de grands groupes internationaux spécialisés dans les grandes villes des pays en développement.

moment où la Cour de Cassation exigea que les restitutions se fassent à la valeur réelle des produits livrés (voir Cass.com 23 juin 1992 Bull.civ. IV. N°249 p173 ou RJDA, 1992 n°983 et 985 p.814-815.

⁶⁶ Ce raisonnement est mené, a contrario, de la situation du contrat annexe de cautionnement pour lequel l'engagement de la caution subsiste en dépit de la nullité du contrat de fourniture (contrat de base).

⁶⁷ Généralement, communs aux parties.

⁶⁸ De ce fait, il peut avoir donc détournement de pouvoirs ou abus de droit de la part de l'autorité publique ou manquement à l'exigence de loyauté requise des parties au contrat.

60. Alors se pose une question ultime : *quel régime juridique appliqué au contrat BOT en tant qu'accord global ; afin de garantir l'équilibre des intérêts des parties concernées ?*

Du fait même de l'absence de législations spécifiques applicable à cette technique, il est alors intéressant de se demander si les droits civilistes sont capables de proposer des solutions conciliatrices entre les objectifs des autorités publiques et les impératifs des prêteurs et des investisseurs. Car le contrat CET renouvelle profondément le rôle de l'Etat contractant et l'émergence de nouveaux acteurs⁶⁹ sur la scène des relations internationales, les mutations de l'économie mondiale ont donné, à la question de l'activité contractant de l'état, une dimension supplémentaire.⁷⁰ Il renouvelle aussi des concepts classiques du droit des contrats. Il actualise notamment la notion d'indivisibilité qui tient tout cet ensemble contractuel.

Ce régime juridique particulier applicable au contrat CET exige un double contrôle strict de l'équilibre contractuel et de l'intérêt du contrat afin de subjuguer les différentes difficultés.

61. Il est évident qu'il y a à la fois un intérêt théorique et pratique. Sur le plan pratique, à l'heure actuelle, le contrat CET est devenu un instrument juridique privilégié de réalisation d'infrastructures dans les pays en développement sous équipés. Alors, pour des raisons de développement économique de ces pays, une connaissance approfondie de cette technique s'impose.

62. Dans une autre perspective purement juridique, l'intérêt majeur du contrat CET tient à sa nature juridique. C'est un acte à la frontière de l'ordre juridique interne et international. En conséquence, l'analyse juridique du contrat CET fait intervenir des éléments du droit interne du fait de la présence d'un Etat ou d'une autorité publique mais elle fait également référence à des aspects de l'ordre juridique international à cause de la présence de partenaires privés étrangers.

63. De ce constat, il n'est plus logique de suivre certaines synthèses doctrinales car leur optique était exclusivement unilatérale.⁷¹ C'est pourquoi, nous envisageons un moyen terme c'est-à-dire partant de l'hypothèse que le contrat CET est un acte juridique localisé dans l'ordonnancement interne, il est « irradié » par l'ordre juridique international. Aussi, compte tenu de la modernisation qu'a subi la notion classique de concession, et la rareté de synthèses d'ensembles de la technique CET, nous sommes méthodologiquement contraints à nous

⁶⁹ Notamment les ONG dont l'activisme dans la défense des droits de l'homme et de l'environnement ont permis de trouver parfois place aux clauses sociales et celles relatives à l'environnement. Particulièrement, des critères additionnels relatifs à ces domaines sont pris en compte pour la sélection du concessionnaire.

⁷⁰ Gilles Cistac, op. cit. DPCI 1996.

⁷¹ Surtout parce qu'elles privilégient tantôt les seuls éléments de droit interne, tantôt les seuls éléments de droit international.

*« L'histoire change parce que les questions
qu'on lui pose changent »*

Fernand BRAUDEL

Cité par Maurice DRUON dans son allocution de

Bienvenue lors de la réception de Fernand

BRAUDET à l'Académie française (Le Monde, 3 Juin 1985)

*« We cannot have trade and commerce in world markets and
international waters exclusively on our terms, governed by our
laws resolved in our courts »*

1972 U.S. Supreme Court

Arrêt M.S. Bremen vs Zapata Offshore Co.(407. U.S. 1, 1972)

Trad. Libre: **“Nous ne pouvons avoir un commerce sur les marchés mondiaux,
et un trafic maritime dans les eaux internationales, réglés exclusivement par nos
conditions, nos lois, et nos tribunaux nationaux”**

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : LE MONTAGE DU PROJET CET.....	23
TITRE I : L'ORGANISATION FINANCIERE DU PROJET CET.....	25
Chapitre I : La mobilisation des fonds.....	26
Chapitre II : La prise en compte des risques et la garantie de remboursement des fonds.....	88
TITRE II : L'ORGANISATION CONTRACTUELLE DU PROJET CET.....	145
Chapitre I : Le procédé contractuel de base.....	146
Chapitre II : Les divers contrats d'exécution de l'Accord de projet.....	204
DEUXIEME PARTIE : LE CONTENTIEUX DU PROJET CET.....	269
TITRE : LE REGELEMENT DES DIFFERENDS DU PROJET CET.....	271
Chapitre I : Le règlement non juridictionnel des litiges.....	273
Chapitre II : Le règlement juridictionnel des litiges.....	306
TITRE II : LE DROIT APPLICABLE AUX OPERATION RELATIVES AU PROJET CET.....	368
Chapitre I : L'application du droit du pays d'accueil du projet CET.....	370
Chapitre II : La soumission de l'opération CET à un tiers ordre juridique : Les tendances doctrinales et arbitrales.....	413

référer constamment à un arsenal théorique et jurisprudentiel relatif aux précédentes concessions.

64. L'examen de ces questions se fera selon une double approche horizontale et verticale. L'étude verticale a pour objet d'analyser les aspects communs à un certain nombre de questions. Il s'agit, par exemple, de l'étude des contrats d'Etat, de l'arbitrage international, de la co-traitance internationale, du transfert de technologie, des sûretés, etc. En revanche, l'étude horizontale a pour vocation d'examiner une seule question tirée des aspects faisant l'objet des études verticales. Aussi, il est envisagé d'utiliser les résultats des études verticales pour analyser les questions qui souffrent d'une absence de législations spécifiques, telles que la compensation internationale, l'assurance crédit, la vente internationale des marchandises et la formule CET.

En s'appuyant sur les résultats des études verticales, cette présente thèse essaie d'étudier les problèmes juridiques résultant de l'exécution des projets internationaux de construction selon la formule CET.

64 Apparaissant tout au long de l'exécution du projet, ces problèmes sont relatifs aux fonds nécessaires au financement des travaux de construction et d'exploitation des installations, aux risques et garanties pouvant respectivement mettre en cause ou assurer le remboursement de ces fonds, aux mécanismes contractuels destinés à confier à la société concessionnaire le droit d'exploiter des installations, à l'achèvement des travaux de construction et à l'exploitation des infrastructures dans les meilleures conditions, au règlement des litiges et à la loi applicable.

65. Du fait de l'absence ou des lacunes des législations spécifiques relatives à la formule CET, il est intéressant de se poser deux questions majeures : Les droits civilistes sont-ils capables de proposer des solutions conciliatrices entre les objectifs des autorités publiques et les attentes des prêteurs et investisseurs ? les résultats des études verticales sont-ils bien adaptés aux projets CET ?

66. En définitive, le contrat CET, en tant qu'un instrument juridique de développement, ne sera intelligible que si son cadre d'élaboration et d'exécution est compris (Première partie) et les techniques particulières règlement du contentieux maîtrisées (Deuxième partie).

PARTIE I: LE MONTAGE DU PROJET CET

67. Le recours, en Afrique, à la formule contractuelle CET apparaît comme la double conséquence directe de la crise de l'Etat –providence⁷² et de la mondialisation de l'économie.

68. Pendant longtemps, le secteur des infrastructures publiques a connu une forte intervention de l'Etat en raison de leur importance économique, social et politique.

Mais la rareté des ressources, la rationalisation des choix budgétaires et les exigences du marché ont fini d'imposer un renouvellement de l'approche de l'action publique dans la gestion des infrastructures. En effet, l'évolution des modes d'intervention de l'autorité publique a révélé l'émergence de la technique CET.

La compréhension de cette technique contractuelle complexe La mise en œuvre efficace du projet impose une organisation financière (Titre I) et contractuelle (Titre II)

⁷² L'expression "Etat-providence" désigne, au sens large, l'ensemble de l'intervention économique et sociales. au sens restreint, elle exprime l'intervention de l'Etat dans le domaine social, particulièrement à travers le système de protection sociale. Cette conception s'oppose à celle de l'Etat-gendarme limitant le rôle de l'Etat à ses fonctions régaliennes (justice, police, défense nationale). Le terme avait été employé pour la première fois en 1864 par Emile OLLIVIER député français et opposant au développement de l'intervention de l'Etat

TITRE I : L' ORGANISATION FINANCIERE DU PROJET CET

69. Les projets CET ont la particularité de nécessiter des fonds importants pour la construction, l'exploitation et la maintenance. La mise en place de ces fonds va au-delà des capacités d'une seule entreprise. Ces projets exigent, par ailleurs, l'intervention d'entreprises aux compétences avérées et complémentaires. La structure financière du projet comporte deux catégories distinctes de personnes apportant deux types de fonds.

La première catégorie est l'apport de fonds propres de la part des promoteurs du projet.

La deuxième comprend essentiellement les banques prêteuses et/ou les organismes internationaux.

70. Dans le cadre du financement de projet CET, chaque catégorie joue un rôle particulier, dévolu et comporte ses propres risques. Compte tenu de ces risques et du fait que le remboursement des prêts syndiqués repose essentiellement sur les recettes générées par le projet, et que l'achèvement d'un tel projet s'accompagne toujours de risques commerciaux et politiques ayant pour effet de mettre en cause ce remboursement, les banques prêteuses n'acceptent d'intervenir qu'après avoir mis en place un système de garantie, souvent emprunté à la théorie des obligations et à la pratique anglo-saxonne- Ce système vise à éviter les risques inhérents à la réalisation de tels projets et à assurer le remboursement des fonds prêtés.

71. La structure financière des projets CET comprend, de fait, d'une part des fonds propres nécessaires au financement du projet : ceux-ci se subdivisent à leur tour en fonds propres et quasi-fonds propres et les prêts bancaires sollicités auprès d'un pool bancaire et en prêts accordés par des organismes internationaux de financement ou par des banques commerciales (chapitre I) et d'autres part, les différentes garanties, requises par les banques prêteuses, destinées à assurer le remboursement de leurs dettes et les risques pouvant mettre en cause ce remboursement (chapitre II).

CHAPITRE I : LA MOBILISATION DES FONDS

72. La formule contractuelle CET implique la mobilisation des fonds d'une ampleur considérable. Ces fonds servent à la construction, à l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage. Il va de soi qu'une seule entreprise ne peut s'y consacrer. C'est la raison pour laquelle les projets CET font intervenir plusieurs entreprises à compétences diverses et complémentaires. Le financement des projets CET fait intervenir deux catégories de personnes apportant deux types de fonds.

La première catégorie comprend les promoteurs responsables du projet. Ils apportent les fonds propres et les quasi-fonds propres (section I) La deuxième catégorie comprend les banques et de façon complémentaire des organismes internationaux ou des financements bilatéraux ou multilatéraux. Chaque intervenant dans les catégories de fonds joue un rôle particulier, et ses propres risques conditionnent largement sa rentabilité. (Section II).

Section I : La participation financière des promoteurs

73. Les fonds propres et les quasi-fonds propres constituent les premières composantes de fonds nécessaires pour le financement des projets CET. Ces fonds sont mobilisés par l'ensemble des promoteurs et toutes les entreprises intéressées par la réalisation de l'ouvrage et son exploitation. Ceci nécessite la création d'une entité juridique (Paragraphe).

Paragraphe I : L'exigence de la création d'une entité juridique.

74. Pour la mobilisation des fonds, leur gestion, leur utilisation et compte tenu de la diversité de leur origine et leur complexité, les promoteurs du projet doivent former un groupement d'entreprise ou d'une société. Mais les promoteurs devront adopter une forme juridique adéquate et susceptible de s'adapter. Car la forme juridique de l'entité variera selon que l'on est avant l'attribution du projet CET (Paragraphe I) ou pendant l'exécution du projet jusqu'au transfert de l'ouvrage (Paragraphe II).

Sous paragraphe I – La constitution d'un groupement d'entreprise

75. La mise en place d'un groupement d'entreprises répond à un souci de célérité, d'efficacité et surtout de la nécessité de convaincre l'autorité initiatrice de leur capacité tant

technique que financière pour la réalisation du projet. A cet effet, et à cette étape, les engagements ne sont pas encore bien consolidés. Alors les entreprises s'orientent plus vers les instruments plus simples. Le contrat est très adéquat. C'est pourquoi, les entreprises qui s'unissent pour soumettre conjointement n'optent pas tout de suite pour une forme sociétaire et préfèrent des mécanismes contractuels (A). L'entité ainsi créée fonctionne alors selon les règles du droit commun des contrats (B).

A – La mise en place du groupement d'entreprises

76. La motivation des promoteurs dans la création d'un groupement d'entreprises est fondamentalement d'éviter toute forme sociétaire. Mais le risque n'est pas pour autant écarté car, ce groupement peut bien être qualifié de société aux termes de l'accord qui serait intervenu si des allusions sont faites à des dispositions relatives au fonctionnement d'une forme de société. Il est très fréquent de qualifier l'entité juridique créée de société créée de fait. Il est évident que s'il en est ainsi, les promoteurs subissent des conséquences plus ou moins graves. C'est pourquoi, ils prennent souvent le soin et le temps de bien négocier et élaborer l'accord de groupement d'entreprises à travers une période précontractuelle préalable. La confusion résulte également de la difficulté à cerner la notion de groupement d'entreprises.

77. Les contrats de groupement d'entreprises sont des accords conclus entre deux ou plusieurs entreprises en vue d'obtenir et d'exécuter conjointement ou solidairement un marché de fournitures de biens ou de services⁷³. Pour M. Dubuisson, il s'agit plutôt de contrats conclus par des entreprises pour la préparation et la remise en commun d'une offre à un gouvernement et le cas échéant, pour l'exécution également en commun du marché qui pourrait en résulter, quel qu'en soit l'objet.⁷⁴

78. A notre avis, le groupement d'entreprises est un contrat par lequel plusieurs entreprises ou sociétés unissent les forces techniques et financières pour la soumission d'un appel et l'exécution du marché ainsi attribué. C'est un cadre de collaboration dans un esprit conjoint ou solidaire mais surtout d'indépendance.

⁷³ M. Mercadal et R. JAMIN. « Les contrats de coopération interentreprises » éd. Lefebvre, 1974, p. 310.

⁷⁴ Michel Dubuisson, « Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux », librairie techniques, 1985, p. 57.

79. Ce critère d'indépendance ne doit pas être perdu de vue dans l'élaboration de l'accord au risque de le voir requalifier de société créée de fait. C'est pourquoi la constitution du groupement doit respecter un certain nombre d'étapes.

1) Les risques de requalification du groupement

80. Lorsque les entreprises font recours au groupement d'entreprises, c'est pour éviter de s'enserrer dans une réglementation trop rigoureuse. Or, leur motivation est temporaire – le temps de la soumission de l'offre commune. Il est vrai que le mieux serait, dès le départ, de stabiliser leurs relations. Le groupement d'entreprises est donc par nature dépourvu de la personnalité juridique ; critère d'existence d'une personne morale. Le groupement d'entreprises, évitant la forme sociétaire aux entreprises, leur offre, de ce fait, un cadre souple adaptable aux étapes du projet, allège les charges des formalités imposées pour la constitution de sociétés ainsi que les charges fiscales sans oublier les responsabilités inhérentes⁷⁵.

81. Pour toutes ces raisons, les promoteurs renoncent à toute forme sociétaire afin d'éviter toute qualification de leur association en société créée de fait.

La société créée de fait est la situation dans laquelle plusieurs personnes se sont comportées, dans les faits, comme des associés sans avoir montré ou exprimé leur volonté de constituer une société⁷⁶.

82. La jurisprudence française a reconnu la notion de société créée de fait par la présence ou de la détermination de certains éléments constitutifs du contrat de société ; notamment l'affectio societatis. Tous les membres ayant participé à la constitution du groupement en faisant les apports ont droit à la participation aux bénéfices⁷⁷. Le risque est donc élevé pour les membres du groupement. La jurisprudence française a souvent réagi dans ce sens.

Mais la cour suprême y veille scrupuleusement. Elle a, en 1970, posé les critères : « le groupement de trois entreprises constitue une société de fait, dès lors qu'il est constaté que celles-ci ont soumissionné ensemble dans un but commun à leur travail public qu'elles ont apporté chacune pour arriver à ce résultat tout le potentiel de leurs activités respectives, qu'elles ont dans la convention qui les lie manifestés la volonté de s'associer, de répartir les

⁷⁵ Dans une société comme la société en non collectif où les associés sont indéfiniment et solidairement responsables ; il convient de tenir compte de la taille, de la surface financière inégales des entreprises.

⁷⁶ PH. MERLE, "Droit commercial, les sociétés commerciales", Précis Dalloz 8^e édition, N°614, p 679.

⁷⁷ En 1957, en France, la cour d'appel de Poitiers oblige des entreprises parties à un accord de groupement à payer les créanciers du chef de file défaillant sur le fondement de l'existence de société de fait. JCP 1960.II.11432 note Juglart.

bénéfices du groupement de participer aux pertes, étant stipulé que chacune d'elles supportera, le cas échéant, le déficit du compte ouvert au nom du groupement »⁷⁸.

C'est ainsi qu'elle a cassé la décision de la cour de Riom parce qu'elle n'avait pas indiqué l'existence des éléments constitutifs d'une société créée de fait.

83. Les promoteurs du projet s'exposent inéluctablement si le groupement est qualifié de société créée de fait. Les tiers peuvent engager la responsabilité solidaire des entreprises participantes sur la base des obligations contractées par le gérant si la société a un objet commercial à la condition qu'elles aient agi ostensiblement. Dans le cas où le gérant agit en son nom propre, il fera seul face aux créanciers. Autres conséquences, c'est celle du caractère inhérent à la personne du groupement. A cet effet, chaque entreprise ne peut être remplacée qu'après acceptation des autres et la faillite personnelle de l'une entraîne la dissolution de l'entité. Il faut aussi ajouter que lorsque le groupement a la forme sociétaire, il est assujéti aux impôts sous les bénéfices et aux droits d'enregistrement. Alors le risque de voir qualifier le groupement de société créée de fait est évité si les promoteurs prennent un certain nombre de précautions. Ils doivent en effet, éviter d'utiliser des termes pouvant faire allusion à une société (membres du groupement, organes du groupement, partnership, joint-venture, association etc.). Les promoteurs doivent également éviter de diviser en pourcentages les parts ou prestations financières pour chaque entreprise : toute opération bancaire doit être inscrite dans un compte de transfert ou de passage. Ainsi les achats ou opérations effectuées doivent l'être au nom de l'entreprise qui a agit et non au nom du groupement. A ce propos, chaque entreprise devra remettre au chef de file un mandat spécial.

84. Toutes ces précautions démontrent l'intérêt à recourir au groupement d'entreprises. La formule CET étant utilisée pour les grandes infrastructures nécessitant une haute technicité et des moyens financiers importants, elle permet aux entreprises d'unir leurs capacité et compétence particulières pour l'exécution du projet découle aussi des soumissions de celui-ci, exigeant la décision entre des entreprises de mêmes compétences ou complémentaires.

85. Pour l'Etat, la formule du CET évite la division du projet s'il doit le confier à plusieurs entreprises. Le gouvernement se trouve aussi en face d'un interlocuteur unique : l'entreprise chef de fil.

⁷⁸ Cass. t7 novembre 1970 D. 197 t p206

2) Les étapes de la constitution du groupement d'entreprises

86. Lorsque l'Etat décide de réaliser un projet d'envergure sous la formule CET, il peut tout simplement émettre un appel d'offres général. Les entreprises devront alors concevoir les modalités financières et techniques du projet. L'Etat peut aussi proposer un projet déjà étudié en détail.

Alors, la constitution du groupement d'entreprises prendra en compte chaque modalité. Selon chaque modalité, les entreprises devront engager entre elles des négociations : c'est l'étape précontractuelle pendant laquelle les entreprises mettent du point des accords préliminaires en vue de présenter une offre pour emporter le marché. Elles vont par la suite concrétiser ceux-ci dans un contrat définitif. Les difficultés inhérentes à toute association doivent susciter les entreprises à poser des règles précisant le mode de fonctionnement du groupement.

B – Le fonctionnement du groupement d'entreprises

87. Le groupement d'entreprises est d'un fonctionnement très délicat. C'est pourquoi les parties doivent préciser les obligations de chacune d'elles. A cet effet, il est plus que nécessaire de mettre en place une structure de gestion et de préciser les types de responsabilité que peuvent encourir le chef de filât et les autres entreprises membres.

1) Les obligations des membres du groupement

88. Trois principes permettent de fixer ces obligations : l'intuitu personae, la confidentialité et la coopération.

89. *L'intuitu personae* joue un rôle fondamental dans le fonctionnement du groupement. En effet, les entreprises se choisissent en fonction de leur qualité compétence, expérience, intrinsèques en matière de réalisation de grands projets. Il est consolidé par la confiance qu'exige une collaboration dans la réalisation d'une gestion aussi délicate. D'ailleurs, les parties déclarent souvent que « le présent protocole est régi par l'intuitu personae. Par conséquent, aucune partie n'est autorisée à transférer tout ou partie des droits et obligations qui découlent de cet accord sans l'autorisation préalable de toutes les autres⁷⁹ ».

⁷⁹ Pascal Durand Barthez, « la durée des accords de groupements », in la contrainte internationale, Journées d'études de Paris 30-31 Mars 1979, FEDUCT, moniteur 1980, p. 257.

90. Il se dégage un certain nombre de conséquences.

Lorsqu'une entreprise voudrait se retirer, elle ne peut le faire sans l'accord des autres. Apparaît alors toute la délicatesse de la situation surtout si l'on sait que, par principe, l'on ne peut obliger à demeurer perpétuellement dans un lieu contractuel. En la matière, cela s'oppose d'ailleurs à la logique la confiance qui doit exister. Ainsi, le droit de retrait existe mais conditionné à l'absence de tout préjudice pour l'Etat adjudicateur ou les autres membres du groupement. Si sa participation ou sa présence est déterminante dans le groupement soit parce qu'elle présente une crédibilité vis-à-vis du gouvernement et si son retrait entraîne le refus de l'objet l'adjudication, la démonstration de tout préjudice engagera sa responsabilité. Elle ne peut donc pas se retirer pour toute la période de validité de l'offre ou de l'exécution du marché⁸⁰.

91. Ensuite la défaillance d'une des entreprises doit être traitée avec précaution. Deux solutions s'offrent : ou bien envisager l'exclusion de l'entreprise défaillante et poursuivre l'exécution de son lot du marché ou bien la remplacer avec l'accord de toutes les entreprises⁸¹ et s'efforcer pour que cette défaillance ne puisse se répercuter financièrement sur la réalisation du projet.

Ainsi, aucune partie du groupement d'entreprises ne peut céder ses droits et obligations sans le consentement des autres.

92. Enfin, et logiquement l'adhésion de nouvelles entreprises dans le groupement doit recueillir le consentement unanime des autres parties. Il en est ainsi lorsqu'au cours de l'exécution du projet de nouveaux besoins se révèlent.

93. *La confidentialité* : Absolument, en vertu de la technicité que requiert le projet CET des informations seront communiquées entre membres du groupement notamment les brevets et autres propriétés industrielles et intellectuelles ainsi que des informations secrètes. Il est alors indispensable de préciser dans l'accord de groupement des clauses qui assurent

⁸⁰ Mais le gouvernement peut accepter ce retrait si une solution de remplacement judicieuse, convaincante lui est présentée.

⁸¹ - Les accords de groupement précisent « si quelque partie est défaillante, sur quelque motif que ce soit, bien qu'elle ne se trouve pas déchargée des obligations découlant du contrat l'ensemble des tâches attribuées à la dite partie défaillante sera attribué à une autre société choisie pour les autres parties, sous réserve de l'accord du gouvernement, la préférence étant donnée aux autres parties. La partie défaillante supportera les frais supplémentaires résultant de ce fait le cas échéant et sera responsable de tout dommage et intérêt supporté directement ou indirectement par les autres parties, qui seront payés à celles-ci en priorité sur les sommes dues à la partie défaillante. Au cas où la partie défaillante ne serait supportée par les autres parties dans la proposition de leur participant au contrat, mais les autres parties continuent à l'encontre de la partie défaillante ». Clause citée par M. Dubuisson « Les groupements d'entreprises ... » op. cit. 1985

l'utilisation, la communication des brevets, propriétés et informations. Chaque partie se doit de se limiter aux droits d'usage strict qui lui a été conféré.

94. *La coopération* : Toutes les entreprises – impliquées dans le projet doivent donc s'y engager collaborer et en mettant à contribution leur capacité technique et économique nécessaires pour la réussite du contrat de groupement. Il s'agit donc d'une véritable obligation de coopérer⁸² qui portera sur tout le temps du projet. Ce devoir de coopération doit s'exécuter de bonne foi. L'obligation de coopérer de bonne foi constitue dans les accords de groupement d'entreprises un protocole dont les conséquences reconnus par les juges à l'occasion de litiges⁸³. Cette obligation s'impose même au co-traitant ou sous-traitant.

a) La structure de gestion du groupement d'entreprises

95. Le projet CET est un mécanisme contractuel très évolutif. Or, il se peut que les entreprises ne maîtrisent pas assez bien tous les paramètres du projet. C'est pourquoi, la structure en charge du projet doit s'adapter au fur et à mesure de l'évolution du projet. L'accord du groupement doit donc prévoir « l'existence de structures internes organisées, structure de coordination, de centralisation, la représentation et la régulation interne des structures existent pour permettre les modifications des conditions de l'accord de groupement et réparti ainsi aux modifications du marché »⁸⁴.

96. C'est ainsi que pour des raisons d'efficacité, un comité de coordination est mis sur pied ainsi que la désignation d'un membre du groupement comme chef de filât. Une périodicité de réunion peut être prévue, il peut aussi siéger à la demande de l'un de ses membres. Les décisions du comité doivent être prises à l'unanimité⁸⁵. Il en est ainsi parce que l'on est en présence d'une organisation sui generis⁸⁶. Le danger inhérent à cette règle est, éventuellement, de d'aboutir au blocage le fonctionnement du groupement d'entreprises lorsque les membres ne peuvent accorder leurs volontés pour la prise d'une décision importante.

⁸² Gérard Morin, « le devoir de coopération dans les contrats internationaux droit et pratique IPCI n° 1 1980 pp 9 et 5.

⁸³ Un juge de New York justement posé les principes selon lequel : « les joints-ventures, ainsi bien partenaires se doivent l'un à l'autre durant l'exercice de l'entreprise la loyauté la plus stricte. » cité par Louis Baptista et Pascal Durand – Barteaux

⁸⁴ Philippe Jous, « les structures de coopération : Chef de fil et comité de coordination in la Co-traitance internationale, Journées d'Etudes de Paris, 30-31 Mars 1979 FEDUCT Moniteur. 1980, p. 229.

⁸⁵ Contrairement aux décisions prises dans les sociétés où c'est le principe de la majorité qui est appliqué.

⁸⁶ Jean Albert BOON, « les associations momentanées d'entreprises pour la réalisation d'un ouvrage. DPCI Avril 1975. N° 2 p. 204.

97. La solution pour endiguer cette crise est soit d'instituer une règle de majorité⁸⁷, soit à chaque fois instaurer un comité de gestion ayant pour tâche l'examen des décisions qui n'ont par recueilli l'unanimité requise devant le comité de coordination.

Lorsque c'est la règle de la majorité qui est retenue, une attention particulière doit être portée à la législation car certaines législations exigent que la majorité soit détenue par les nationaux. Il en est ainsi de la loi égyptienne n° 159 de 1981 relative aux sociétés de capitaux.

98. Par ailleurs, le comité de coordination a en charge l'administration et la prise des décisions les plus importantes au sein du groupement d'entreprises. En effet, c'est le comité de coordination qui va négocier le projet et, procédera à son exécution. C'est ainsi que le comité de coordination se chargera d'élaborer l'offre en réponse aux conditions techniques et économiques exigées. Il devra mettre en œuvre les garanties⁸⁸ demandées par le gouvernement.

99. En somme, c'est le comité d'organisation qui va conclure les différents contrats avec le gouvernement et les autres intervenants du marché – et établir les directives essentielles pour la bonne exécution du projet.

b) Le chef de filât

100. Le chef de filât est le mandataire commun du groupement d'entreprises⁸⁹. Il représente le groupement vis-à-vis du gouvernement ou à l'égard des tiers. Il est parfois considéré comme représentant le gouvernement mais à l'égard des autres membres du gouvernement parce qu'il sert d'intermédiaire entre ceux-ci et le gouvernement.

Le chef de fil doit, au regard de ses responsabilités, présenter des caractéristiques de compétence. Parfois, « il est logique que l'entreprise mandataire qui va avoir un rôle dans l'exécution du marché soit à la fois agréée par les entreprises (...) et par le maître de l'ouvrage... »⁹⁰. Le chef de fil a également la charge de coordonner les tâches des entreprises membres du gouvernement. Ainsi, et il assure :

- La conduite des négociations avec le gouvernement pour la mise au point des conditions d'exécution du projet : la durée de la concession, le tarif des services, ou des produits, la nature des infrastructures à construire pour faciliter l'exploitation ainsi que les termes des

⁸⁷ Encore qu'il peut faire attention à sa formulation pour ne pas donner de signe ou indice de l'existence d'une société et d'éviter ainsi la requalification du groupement d'entreprises en société.

⁸⁸ Il s'agit surtout de la garantie de soumission.

⁸⁹ Michel Dubuisson, op.cit. 1985, pp 104-501.

⁹⁰ Franceschini & Pellessier, op. cit., 1972, pp 782 et s..

contrats « Take or pay » ou « supply or pay » afin d'assurer la commercialisation des services et les produits du projet etc.

- la présentation de l'offre et définir ses termes
- la conclusion des contrats d'assurance
- l'exécution des démarches et formalité nécessaires auprès des autorités locales et des établissements financiers.

101. Lorsque le contrat CET est signé, il assure la coordination entre les parties en vue d'exécuter le projet dans les meilleures conditions, s'efforce de prendre les mesures nécessaires pouvant organiser judicieusement les relations entre les membres du groupement et le gouvernement, ouvre des comptes spéciaux qui ont fonctionné sous sa signature pour recevoir les paiements et acomptes payés par le gouvernement et tous les versements du syndicat bancaire⁹¹. Il devra, enfin, s'efforcer d'assurer la protection des intérêts des parties vis-à-vis du gouvernement et des tiers et entreprendre toutes les démarches pour sauvegarder leurs droits et leurs intérêts

102. La mise en place de l'organisation et de la gestion des services communs devait fonctionner sur le chantier aux bénéfices des parties et de leurs sous-traitants. Il peut à cet effet, nommer un directeur de projet qui le représente et sera responsable de l'exécution du projet. Mais de leur côté aussi, les autres membres du groupement d'entreprises doivent apporter leur concours pour la réalisation du projet compte tenu de la complexité du projet CET, il est recommandé de désigner deux chefs de file : un pour les aspects techniques et le second pour les aspects commerciaux. Cette démarche limiterait sa responsabilité. Le chef de file doit exécuter sa mission dans les limites⁹² des mandats qui lui est donné. Il est seul responsable des fautes et sol qu'il commet dans l'exercice de ses pouvoirs⁹³.

2) La responsabilité des membres du groupement

103. C'est le rôle de l'accord de répartir les différentes tâches à exécuter aux différentes entreprises membres. Cette répartition permet d'affecter à chaque entreprise une mission

⁹¹ Il devra érédié le plus rapidement possible le compte des parties des sommes qui leur sont dues. Le chef de file y procédera conformément aux dispositions de l'accord du groupement. Le code civil dispose à cet effet en son art. 1999 que « les parties (le mandant) doivent..... »

⁹² V. Mazeaud et Chabas, le cours de droit civil, obligations, théorie générale 8 éd, Montchester 1991, p. 37 t.

⁹³ L'art 1992 code civil français prévoit que « le mandataire répond non seulement du sol mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion ».

spécifique adoptée à ses qualités. C'est pourquoi trois approches peuvent être entreprises pour déterminer la responsabilité des membres du groupement.

a) La responsabilité du groupement à l'égard du gouvernement

104. Les principes de responsabilité conjointe et solidaire sont envisagés. Lorsqu'il s'agit de la responsabilité conjointe, chaque entreprise répond de ses fautes et manquements à l'occasion de l'exécution de sa part dans le projet. Il s'agit ici du groupement conjoint⁹⁴. Inversement, dans la seconde hypothèse, la solidarité postule de retenir la responsabilité dans l'exécution non seulement de sa part mais aussi de celle des autres membres. C'est le cas de figure qui sécurise les intérêts des gouvernements et dans la majorité des cas, le gouvernement exige la responsabilité solidaire de tous les entreprises membres du gouvernement. En plus, dans le contrat CET, la solidarité présente les avantages certains pour le gouvernement dans la mesure où chaque entreprise est responsable du projet en entier. Ceci évite au gouvernement de supporter seul les conséquences financières de l'insolvabilité d'une partie du groupement. Il suffira que le maître de l'ouvrage s'adresse à une partie solvable. Celui-ci ne peut évoquer le bénéfice de division⁹⁵. Ni la compensation dont bénéficie l'un des membres. Cette solidarité emporte aussi des conséquences dont les sources sont législatives et jurisprudentielles.

b) La responsabilité du groupement vis-à-vis des tiers⁹⁶

105. Le principe, en cette matière, est que chaque partie est personnellement tenue d'exécuter les engagements à sa charge sur le fondement du principe de l'effet relatif des contrats⁹⁷. Mais le principe de solidarité réapparaîtra s'il est prouvé qu'il s'agit des associés de fait⁹⁸.

⁹⁴ Il est généralement rencontré dans le cadre des marchés internes divisé en lot principal a réalisé par une entreprise et des lots accessoires exécutés par des PME.

⁹⁵ V. Art. 1203 du code civil français

⁹⁶ Les tiers sont tous ceux qui ne font pas partie de l'accord du groupement tels que les fournisseurs, les co-traitants etc.

⁹⁷ Voir article 1165 code civil ou art. 110 cocc

⁹⁸ B. Mercadal et Philippe Janin. « Les groupements d'entreprises » 1974, p 313 c'est ainsi la position qui découle de l'article 1872 code civil français ou article 86 t AUDSC.

c) La responsabilité entre les membres du groupement d'entreprises

106. En majorité, dans les accords du groupement, chaque entreprise est responsable. Alors tout membre du groupement est tenu d'honorer ses engagements vis-à-vis des autres. C'est ainsi que l'entreprise dont les comportements ont entraîné les retards dans les travaux supportera seule les sommes dues au gouvernement au titre de pénalité de retard. Si l'entreprise responsable ne peut être déterminée, toutes seront alors responsables.

3) La durée de l'accord du groupement

107. Il est sans ambiguïté que le groupement d'entreprises a été constitué pour répondre à l'appel d'offres et éventuellement exécuter le projet. C'est pourquoi si la soumission n'est pas acceptée, l'accord de groupement sera dissout automatiquement ; à défaut d'objet⁹⁹. Cette dissolution libère alors les membres.

Lorsque, la soumission est acceptée, l'existence du groupement est renforcée par l'adoption d'une forme juridique.

Sous paragraphe II – La consolidation du groupement d'entreprises

108. Après l'attribution du projet CET, bien logiquement les objectifs changent ; et il va de soi également que le rôle du groupement d'entreprises change. En effet, le but du groupement à cette étape est d'exécuter le projet CET. Les promoteurs du projet sont donc beaucoup plus contraints. La liberté dont les parties sont bénéficiaires pendant la période de soumission est réduite. Cette restriction du champ de la liberté est due au fait que les promoteurs sont contraints d'adopter une forme sociétaire admise par le droit du pays d'accueil. Cette restriction ne constitue nullement une sanction ou une mesure de contrainte. La forme sociétaire se justifie par la protection même des intérêts des promoteurs. Elle leur permet de limiter leurs engagements vis-à-vis du gouvernement et des tiers. La forme sociétaire leur permet également de bénéficier d'avantages juridiques et fiscaux que leur offre la réglementation du pays d'accueil. Mais généralement, la forme sociétaire est imposée par les autorités publiques contractantes.

⁹⁹ Pascal Durand-Bartreux, « La durée des accords de groupement, in Co-traitance, Journée d'Etudes de Paris, op. cit. p. 254.

Parmi les promoteurs, l'option de la forme sociétaire doit répondre à un certain nombre de critères. Le droit OHADA des sociétés commerciales offre une gamme de forme présentant nécessairement des avantages et des inconvénients. Il est donc normal que les promoteurs puissent, après le choix exercer une certaine liberté pour adapter les statuts à leurs objectifs et à la nature du projet.

A – Le recours aux formes sociétaires classiques

109. Il existe deux catégories de sociétés : les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Si la société à nom collectif est la plus utilisée par les promoteurs parmi les sociétés de personnes, ceux-ci font recours fréquemment et indépendamment à toutes les formes de sociétés de capitaux¹⁰⁰. Nous procédons à leurs analyses afin d'appréhender pour chacune les avantages et inconvénients.

1) La société en nom collectif (SNC)

110. Avant tout, la SNC dispose d'une grande souplesse et permet les arrangements contractuels en vue d'adapter ses règles aux objectifs des promoteurs. Ainsi, les promoteurs peuvent organiser une gestion égalitaire de la société concessionnaire¹⁰¹. Cette forme juridique sociétaire suppose une confiance mutuelle entre les promoteurs.

L'inconvénient majeur est la responsabilité solidaire des associés¹⁰². Cet inconvénient affiche la contrariété des intérêts des parties, notamment des promoteurs, des tiers, du gouvernement. Les promoteurs souhaiteraient qu'à titre individuel. Il ne peut en être ainsi puisque cette forme même, recommandant la confiance, est fondée sur *l'intuitus personae*. En conséquence, la cession des parts requiert l'accord¹⁰³ des autres associés promoteurs, le retrait ou l'adhésion de nouveaux associés n'est pas possible et la mort ou la défaillance de l'un des associés entraîne la dissolution de la société. Il peut arriver que l'un des promoteurs ne soit plus capable de faire face à ses engagements ou que la poursuite de l'exécution nécessite l'intervention de spécialiste. Dans le contexte de projet CET, cette éventualité paralyserait

¹⁰⁰ La société anonyme a été utilisée pour la construction et l'exploitation de l'aéroport de Dhab, de Marsa Alam, de Ras Sedr et Ahrine en Egypte et le Tunnel sous la Manche

¹⁰¹ Michel Fleuret, Les filiales communes, le choix d'une forme juridique, JCP 1978. II. t2714.

¹⁰² Art. 861 Acte Uniforme portant droit des sociétés commerciales de l'OHADA et art. 10 al 1^{er} loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales

¹⁰³ Hanne, Lagarde et Jauffret, Droit commercial, Société et groupement d'intérêt économique ; entreprise publiques T t E ed. Dalloz 1980 p.105 ; Y Guyou, Droit des affaires 10e ed, tt. 1989, p.257.; Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, 17^e ed. T t LGDJ 1998, p.923

toute exécution du projet, ou situation moins grave, retarder seulement la mise en service des installations. Mais il reste toujours aux promoteurs obligés d'adapter cette forme sociétaire, comme l'exige par exemple la législation de certains Etats d'Amérique du Sud, ils pourront l'adapter à leurs objectifs. Par les clauses occultes.

2) La société anonyme

111. C'est la forme sociétaire « naturelle » des grands projets¹⁰⁴. Ce recours fréquent est justifié par l'équilibre qui prévaut entre les actionnaires de la société de projet, la sécurité des intérêts des tiers. En effet, dans la S.A., les causes de nullité et d'inopposabilité des clauses restrictives des pouvoirs des dirigeants sont rares et la responsabilité des promoteurs est limitée à leur apport vis-à-vis des tiers. La société anonyme permet également aux promoteurs de mobiliser des fonds nécessaires. En effet, les sociétés sont habilitées à émettre des actions lors de la constitution ou en cours de vie ou les certificats d'investissements. Le régime juridique de la SA accorde aux actionnaires la possibilité de négocier ou de transmettre leurs actions¹⁰⁵. Les conséquences des défaillances de l'un des promoteurs peuvent ainsi être évitées. Toutefois, la liberté contractuelle des associés promoteurs est considérablement réduite en raison de la nature d'institution légale¹⁰⁶ de la société anonyme. A cet effet, les actionnaires auront du mal à s'affranchir de certaines contraintes légales et qui brideraient leurs intérêts. Il convient enfin, de relever les formalités rigoureuses qu'exige la société anonyme.

Eu égard à ces constats, le droit OHADA devra s'assouplir pour permettre aux promoteurs d'aménager leur relation au sein de la société de projet.

3) La société à responsabilité limitée (SARL)

112. A l'instar de la société anonyme – le régime juridique de la SARL permet aux associés de limiter leur responsabilité vis-à-vis des tiers. Les promoteurs sont responsables

¹⁰⁴ Voir Y. Guyon, op cit.p.275.

¹⁰⁵ Ripert et Roblot,op. cit.1998, p. 1129

¹⁰⁶ G. Ripert et Roblot, op. . cit. p. 1051

proportionnellement à leur part dans le capital. La cession des parts sociales est possible sous certaines conditions¹⁰⁷.

113. Ultiment, les associés, ont la possibilité de limiter les pouvoirs du gérant. Il devra alors requérir l'autorisation préalable des promoteurs pour la conclusion de contrats importants¹⁰⁸. Par contre, au regard de certains inconvénients que présente la SARL ; elle n'est pas éligible comme forme sociétaire pour la société le projet CET. En effet, les parts sociales de la SARL ne sont pas susceptibles de transformation en titres négociables. Cette interdiction (donc une lacune) a des conséquences fâcheuses pour la société du projet CET. La société de projet ne pourra donc pas s'adresser au marché de capitaux pour lever des fonds particuliers pour faire face par exemple à la défaillance de l'un des promoteurs. Ceux-ci auront du mal à solliciter des prêts bancaires si les établissements de crédit sollicités exigent de mettre en gage des parts sociales. La société de projet CET sous la forme de SARL ne peut se financer en émettant des valeurs mobilières¹⁰⁹.

114. Il apparaît que chacune de ses formes sociales ne pourra parfaitement satisfaire efficacement aux objectifs des promoteurs. Il leur appartient d'adapter les statuts de la forme choisie à leur ambition. Cette adaptation s'effectuera notamment par la conclusion de pactes entre les promoteurs associés de la société le projet.

B – Les adaptations contractuelles

115. Les pactes d'actionnaires permettent aux promoteurs de concilier la rigueur¹¹⁰ des textes légaux relatifs aux fonctionnements des sociétés commerciales et leurs propres objectifs. Ces pactes essayent d'assouplir les rigueurs légales relatives à l'exercice du pouvoir au capital et les modalités essentielles de fonctionnement de la société.

¹⁰⁷ La cession doit être approuvée par la majorité des associés représentant au moins les trois quart des parts sociales.

¹⁰⁸ J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, op. cit. 1986, p. 256.

¹⁰⁹ Antoine Bjed Charreton, Denis Musson, La dissociation juridique du propriétaire et de l'exploitant dans la conduite de grands projets industriels. Nouvelles approches. RDAI, N°1 1992, pp13 et14.

¹¹⁰ L'article 2 de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales de l'OHADA est analysé comme une disposition d'ordre public. Cf. Nzoubeth Dieunedori. Les litiges entre associés, Thèse UCAD, 2005 p. 15.

1) Les pactes d'actionnaires relatifs au pouvoir

116. Ces pactes comportent des clauses qui sont destinées à organiser le contrôle de la gestion de la société. Elles relèvent pour la plupart, de la pratique.

a) Les clauses relatives au droit de vote au sein de la société du projet

117. Ces clauses réglementent la prise de décisions importants dans la société de projet puisque la majeure partie des responsabilités » incombent aux promoteurs. Il est donc logique qu'ils essaient de contrôler les rênes de la société par des clauses de vote. En réalité, ces clauses font naître des obligations de faire, de ne pas faire, de voter ou de ne pas voter¹¹¹, de limiter les droits de vote. Des conventions de représentation en vue de voter peuvent être conclues entre associés promoteurs. Ces conventions permettront aux promoteurs d'écarter les règles impératives de majorité qui gouvernent le fonctionnement des organes d'administration de la société anonyme.

118. Pour la doctrine¹¹², ces clauses sont valables à condition qu'elles ne privent pas irrévocablement l'actionnaire de son droit de vote et qu'elle ne soit pas frauduleuse.

b) Les clauses relatives aux autorisations préalables

119. Lorsque la société de projet a la forme de société de capitaux, les règles de majorité qui gouvernent cette forme juridique peut avoir les conséquences sur l'exécution du projet CET. C'est pourquoi, des promoteurs ont recours à ces clauses. Ils conviennent de soumettre les décisions les plus importantes à une autorisation préalable. Les organes d'administration doivent donc solliciter cette autorisation d'un autre organe¹¹³. Mais ces clauses doivent être conformes aux règles impératives relatives à la hiérarchie des organes de la société.

¹¹¹ Roger Houin. Les consortiums d'actionnaires et la protection des minorités dans la société anonymes : Rapport Journées de Berne de l'Association H. Capitant. Librairie techniques 1959. p. 208.

¹¹² A. Viandier, Observations sur les conventions de vote JCP 1986. I. p. 253 ; B. Mercadal, Pour la validité des conventions de vote entre actionnaire. RJDA, 1992, p. 727.

¹¹³ Le président doit aussi, par exemple requérir l'avis favorable du conseil d'administration et celui-ci doit avoir l'autorisation de l'assemblée générale ordinaire.

2) Les pactes relatifs au capital de la société de projet.

120. Ces clauses peuvent interdire de céder des parts sociales ou contrôler ou empêcher l'entrée à un nouvel associé dans la société de projet. Elles visent à protéger le caractère *intuitus personae*. Ce sont les clauses d'agrément et de présomption.

a) Les clauses de non cessibilité des parts sociales

121. Ces clauses visent généralement à empêcher la cession, éventuellement, des parts à des investisseurs concurrents ou des investisseurs locaux n'ayant pas les moyens techniques et financiers nécessaires. Aux termes de l'art 900 alinéa 1^{er} c. civ. La validité de ces clauses est conditionnée à l'existence d'intérêt sérieux et légitimes¹¹⁴ et la protection de *l'intuitus personae* en est un. A défaut, la cession de part ne serait pas opposable. La solution de contournement pour les promoteurs ne serait pas l'émission d'actions non cessibles ou stipulation de pénalité en cas de cession fautive ou encore la possibilité pour l'actionnaire de remettre ses titres au porteur à un tiers séquestre¹¹⁵.

3) Les clauses d'agrément et de préemption

122. Ces deux clauses, considérées ensemble, ont pour objet de poser des principes d'équilibre des intérêts tout en affirmant la volonté de conserver *l'intuitu personae* et permettre à un associé de céder ses parts. L'associé dispose d'une liberté conditionnée. En effet, par la clause d'agrément, les associés peuvent s'opposer¹¹⁶ au désir d'un associé de céder ses parts à des tiers étrangers à la société.

123. La clause de préemption, quant à elle, oblige l'associé désireux de céder ses parts à faire une offre préalable à tous les autres associés. Elle permettrait ainsi aux associés de maîtriser la répartition du pouvoir dans la société.

¹¹⁴ Cour d'appel de Paris 4 mai 1982, Gaz. Pal. 1983, p. 152.

¹¹⁵ Laurent Faugeras, Les pactes d'actionnaires, JCP 1989, t. 3412.

¹¹⁶ Cette opposition peut s'exprimer soit au conseil d'administration soit à l'assemblée.

4) Les autres arrangements

a) Les accords relatifs aux abus de droit des dirigeants de la société de projet

124. Ce sont surtout les accords relatifs à la répartition des frais. Les promoteurs accordent une importance méticuleuse aux dépenses et frais. Ceux-ci comportent les honoraires des conseillers juridiques et financiers, le salaire du personnel et les frais d'établissement de la société concessionnaire.

b) Les autres objets des arrangements

125. De principe, les actionnaires apprécient toutes les questions relatives au fonctionnement de la société de projet, la responsabilité des parties les unes envers les autres, les garanties, le transfert de propriété du projet, la conclusion des différents contrats, en l'occurrence de contrat de construction et d'exploitation.

C'est en définitive, dans le cadre de cette structure sociétaire que les fonds nécessaires au projet CET sont mobilisés.

Paragraphe II : Le rôle et la composition des fonds mobilisés.

126. Deux types de fonds sont nécessaires. En premier lieu, à la réalisation du projet CET. Les promoteurs en sont les premiers apporteurs. Ils s'impliquent considérablement dans le projet par leur engagement financier leurs apports ne sont pas suffisants pour constituer une garantie financière pouvant éventuellement convaincre les prêteurs à intervenir. Le projet CET ne peut donc s'appuyer seulement sur les fonds propres des promoteurs. Mais aussi sur les produits financiers dits quasi fonds propres.

Sous paragraphe I – Le rôle des fonds mobilisés

127. Il s'agit des fonds propres et des quasi-fonds propres. La mobilisation de ces fonds et leur consistance incite les banques à intervenir – les fonds propres et quasi-fonds propres forment donc un rôle essentiel dans le montage financier du projet.

A – Le rôle fonds propres

128. L'importance de ces fonds propres est intelligible à l'analyse de leur source, les raisons de leur mobilisation ainsi que les critères et éléments que les promoteurs doivent prendre en considérations.

a) Les sources des fonds propres

129. Les fonds propres proviennent de divers horizons mais ne peuvent être confondus aux prêts bancaires. En règle générale, le financement des projets CET repose sur un partenariat primaire comportant les promoteurs et un partenariat final qui associe des prêteurs. Le premier s'efforce de mobiliser les fonds indispensables pour l'établissement de la société de projet. Ces fonds propres conditionnent les fonds prêtés. Ils se caractérisent par leur non exigibilité. Ils constituent, en réalité, des garanties pour les créanciers notamment les banquiers. Ce sont les ressources financières rémunérées de seconds rangs par rapport aux fonds empruntés. Ces fonds propres comportent plus de risques que les prêts bancaires. Leur rémunération dépend de la réussite du projet alors que les prêts bancaires sont rémunérés par des intérêts fixes. Leur intérêt pour les promoteurs apparaîtra lorsque le *cash flow* dépassera les besoins nécessaires pour couvrir les dettes de la société de projet.

130. Ces fonds proviennent des personnes physiques ou morales. Ce sont les promoteurs du projet ou investisseurs¹¹⁷. Les promoteurs du projet sont au premier rang des apporteurs des fonds propres. La vie et le suivi du projet dépendent d'eux. Malgré le soutien de l'Etat et la volonté des banques d'intervenir. Il est donc indispensable que les promoteurs aient une expérience avérée et une capacité technique et financière dans la réalisation du projet CET. C'est pourquoi, ils comprennent généralement les constructeurs, les fournisseurs. Leur participation préfigure le succès du projet. Les investisseurs participent au financement avec les préoccupations différentes de celles des promoteurs.

131. Il existe trois catégories d'investisseurs : les investisseurs locaux (l'Etat d'accueil, les banques locales et les investisseurs privés locaux). Ceux des pays exportateurs (les banques, les constructeurs et exploitants et les investisseurs institutionnels)¹¹⁸. Intégrer des investisseurs locaux permettrait au projet de bénéficier de l'expertise locale en matière économique, financière et juridique notamment à la phase préparatoire.

¹¹⁷ UNIDO BOT Guidelines pp183 et 184.

¹¹⁸ Christian Haberli. Les investisseurs étrangers en Afrique. LGDJ, 1979, p. 297.

132. Trois mécanismes juridiques permettent la participation de ces catégories d'investisseurs : la souscription d'action, le portage et la conversion de créance en action. Le mécanisme juridique à utiliser dépendra de la situation de l'investisseur vis-à-vis de la société.

133. Les investisseurs institutionnels et individuels participent aux fonds propres en souscrivant des actions dans le capital de la société de projet dès sa constitution. Leur participation est passive parce qu'ils ne s'intéressent pas à la gestion de la société. La conversion de la créance en action se rapproche de la dation en paiement. Elle consistera à échanger des titres de la dette extérieure d'un pays contre une participation dans le capital de la société de projet¹¹⁹. Le partage, quant à lui, est un mécanisme par lequel la société de projet, cède aux banques prêteuses la propriété de ses actions comme une garantie du prêt, à charge de transférer cette propriété dès le remboursement du prêt. Dans le financement du projet CET, le partage est « la convention par laquelle un emprunteur cède à son prêteur, en garantie du prêt, la propriété d'action ou d'obligation, étant convenu que les titres seront transférés à l'échéance et après remboursement du prêt ¹²⁰ ». La sollicitation des fonds propres auprès d'un investisseur répond à un certain nombre de conditions. Les fonds propres ne peuvent être sollicités au moment où les promoteurs réalisent les études de préféabilité et de faisabilité. Aussi faut-il s'assurer, pour intéresser les investisseurs à participer au capital de la société de projet, de la rentabilité du projet sur une longue période, l'expérience et la réputation des promoteurs et des exploitants, la participation active des promoteurs dans le capital de la société¹²¹.

134. L'importance des FP dans le financement s'impose et l'on a même proposé de les confondre au capital social¹²². Mais distinguer FP et capital social revêt aussi une grande importance car l'autorité adjudicatrice peut déterminer, à l'entame même du projet, le pourcentage de capital social ou du capital étranger dans le capital social¹²³.

¹¹⁹ Anortdo Wald et Isabelle S. Micali. Conversion de la dette en investissement, RDAJ N°1 1996. Il est difficile de procéder à cette conversion compte tenu de la non maîtrise du coût d'étude de comptabilité de la technique au projet en cause. Face à cette réticence des investisseurs étrangers, le taux de conversion favorable constitue un argument de taille pour les intéresser.

¹²⁰ D. Schmidt, Les opérations de portages de titres de sociétés, in Les opérations financières : pratiques, validité, régime juridique. Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI LGDJ, 1985 p. 30.

¹²¹ Ponr PH. Vassière, il s'agit d'« un apport effectif en capital et non en apport en nature représentatifs des frais d'études et d'une partie du profit de comptabilité dans les contrats de construction et d'exploitation » Voir. « La levée de fonds propres clé de financement de grands projets. MTF N° 11 p. 24

¹²² Jean Stoufflet, Les capitaux propres. Rev. Soc. 1986, p. 549.

¹²³ Dans la loi vietnamienne, le capital social de la société concessionnaire doit être égal à 30% du coût total de l'investissement. Elle interdit par ailleurs une participation étrangère de 100% dans une société de projet dans le domaine de production et de la transmission d'énergie électrique, des télécommunications et des infrastructures portuaires et aéroportuaires. Voir Christian Salbang, Tony Foster et Mark Fraser, Vietnam, le régime des projets « BOT » N° 2 1997 p. 324.

Dans la loi vietnamienne, le capital social de la société concessionnaire doit être égale à 30% du coût total de l'investissement. Elle interdit, par ailleurs, une participation étrangère de 100% dans une société de projet dans le domaine de production et de la transmission d'énergie électrique, des télécommunications et des infrastructures portuaires et aéroportuaires.¹²⁴

2) La motivation de la constitution des FP

135. La constitution des FP s'impose en raison de deux exigences : les conditions exigées par les banques prêteuses et les besoins du projet. L'intervention des prêteurs dans le projet CET est conditionnée à la participation des promoteurs dans le FP¹²⁵. A l'octroi des prêts, les banques exigent généralement que les promoteurs participent aux fonds propres mais aussi qu'ils s'engagent dans une lettre confirmant leur intention de conserver leur participation. Cette exigence des banques assure la sécurité financière¹²⁶ pour les tiers créanciers de la société (banques, fournisseurs, constructeur), permet d'assurer un pourcentage de risques inhérents à ces projets¹²⁷. Outre les exigences des prêteurs, la constitution des fonds propres est nécessaire pour faire face aux besoins du projet, spécialement pendant la phase préliminaire et au cours de la période construction.

Les fonds propres servent, pendant la période préliminaire, à financer les études préalables de préfaisabilité et de faisabilité et autres études techniques.

135. Pendant la période de construction, les fonds propres ne produisent pas de rendement suffisant pour inciter les investisseurs à participer au financement de l'opération des fonds propres à ce stade présentent deux caractéristiques une caractéristique matériel en ce sens que chaque actionnaire concrétise sa participation en projet par le apports en numéraire, en nature ou les apports industriels, un caractère psychologique parce que cette participation des promoteurs apaise et sécurise les investisseurs et les banques quant à la rentabilité du projet démontre l'intérêt des promoteurs à son succès. Les FP, enfin, sont déterminants dans l'attribution du projet et l'obtention de prêts bancaires.

¹²⁴ V. Christian SALBANG, Tony FOSTER et Mark FRASER, Vietnam, le régime des projets en BOT, CJEF n°2, t997,p.324.

¹²⁵ Et pourtant, pour l'heure le projet de construction du pont de Normandie en France constitue l'un des rares projets qui ne s'est pas appuyé sur les fonds propres. Voir Guillaume Roesch, Prudence et pragmatisme pour le financement du pont de Normandie MTF N° 30 p. 54.

¹²⁶ J. Rafejeau, Financement des entreprises, Francis Lefebvre 1992 p. 273.

¹²⁷ Ces risques sont d'ordre politique, technique et commercial.

3) Les considérations juridico financière dans la constitution des fonds propres

a) Les considérations juridiques

136. De par ses caractéristiques, les projets CET génèrent des bénéfices qui permettent de rembourser tous les prêts ayant participé à la réalisation du projet. C'est pourquoi, les promoteurs cherchent toujours à obtenir des autorités publiques du pays d'accueil des garanties des revenus. C'est ainsi qu'en Egypte, la banque centrale intervient pour garantir les obligations de l'autorité concédante découlant du contrat '*Take or pay*', des garanties de change et de conversion de revenus, du bénéfice d'exonérations d'impôt etc.

b) Les considérations financières

137. La principale préoccupation des promoteurs est d'avoir une rentabilité suffisante pour rembourser les dettes. Ils prennent une préoccupation particulière pour éviter que certains risques n'affectent pas cette rentabilité : les risques d'inflation et de la monnaie. Ils conviennent du risque d'inflation en insérant dans le contrat take or pay une clause dite "flambée des prix", cette clause permettra aux promoteurs d'augmenter les prix des services ou des produits sans risque de monnaie est garantie par l'intervention de la banque centrale du pays d'accueil. Les promoteurs peuvent sur le fondement de la clause y afférent percevoir des recettes en monnaie étrangère¹²⁸.

B – La place des quasi-fonds propres (QFP) dans le projet CET

138. La place des quasi-fonds propres sera appréhendée à travers leurs caractéristiques, leur source et les raisons justifiant leur constitution.

¹²⁸ La difficulté majeure de cette clause se trouve dans le fait que le niveau de salaire des éventuels utilisateurs des services du projet ne pourra pas supporter la contrepartie des services en monnaie étrangère

a) Les caractéristiques des quasi-fonds propres (QFP)

139. Tout d'abord, les modalités de remboursement des QFP dépendent du contrôle de la société. Les conditions de remboursement des QFP peuvent résulter des accords entre la société de projet et ses apporteurs ou de la réglementation.

140. Les quasi fonds propres se distinguent des fonds propres en ce sens que les QFP sont des créances subordonnées ou dont le remboursement dépendra du résultat des activités de la société concessionnaire. Les QFP sont les supports financiers pour la société concessionnaire et pour les banques car l'augmentation des FP diminuerait les risques ; étant donné que les risques assurés par les prêteurs sont en partie inversement proportionnels au pourcentage des fonds propres. Ensuite, les quasi fonds propres sont rémunérés mais cette rémunération est reportable lorsque la société connaît des difficultés.

En somme, les quasis fonds propres sont à l'intermédiaire de la prise de participation dans le capital de la société de projet et les prêts bancaires. Ils génèrent des intérêts comme les prêts bancaires, seulement le remboursement de ces intérêts dépend de la disponibilité des fonds de la société. Leur est toutefois supérieur aux intérêts des prêts bancaires en raisons des risques élevés auxquels ils font face.

b) Les sources des QFP

141. Au contraire des fonds propres qui ont une origine contractuelle, les quasis fonds propres sont déterminés par la loi. Les quasi fonds propres peuvent être apportés par l'Etat d'accueil, les banques prêteuses de façon à leur permettre encore de contrôler plus strictement la société. L'intervention de l'Etat s'effectue sous forme de prêts participatifs. Cet état de fait peut constituer des obstacles pour la société de projet. On peut y remédier en recourant au monopole bancaire.

142. A la suite de M. Fougères¹²⁹ nous estimons que l'article 1^{er} la loi bancaire de 1996¹³⁰ considère comme relevant de ce monopole « la réception de fonds du publics » à titre habituelle. De l'interdiction faite alors à une entreprise autre qu'un établissement de crédit de

¹²⁹ Laurent Fougères, La subordination des créances, in Mélanges offerts à Jean Derruppe, GLN Joly éditions 1991 p. 232.

¹³⁰ Il s'agit de la loi bancaire communautaire UEMOA applicable aux établissements de crédit des pays membres de l'UEMOA (Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Togo, Sénégal

recevoir du public des fonds à une ou à moins de deux ans, il résulte que les prêts participatifs ne sont pas des fonds reçus du public.

c) Les raisons

143. Les quasis fonds des propres présentent un intérêt indéniable aux promoteurs des projets, aux banques prêteuses et aux autres créanciers de la société de projet. Les quasis fonds propres ne ménagent pas les promoteurs du projet dans leur contrôle des associés ou créanciers. Comme l'associé, ils sont intéressés par les résultats. Ils ont le même pouvoir que les autres créanciers dans les assemblées concordataires. Par contre, ils ne peuvent consentir des sûretés sur les actifs de la société. Ils renforcent la capacité d'endettement de la société de projet et corrélativement renforcent sa position des banques prêteuses. Ils diminuent du même coup les risques pour les banques. Ils renforcent des droits des fournisseurs et sous-traitants.

Sous paragraphe II –Le contenu des fonds mobilisés

A – La composition des fonds propres

144. Les fonds propres comprennent fondamentalement les apports des promoteurs, les réserves et subventions de l'Etat d'accueil du projet, étant donné que chaque élément dans ces fonds propres joue sa propre partition dans la réalisation du projet.

1) Les apports des promoteurs du projet

145. Les apports des promoteurs peuvent revêtir plusieurs formes. L'apport en numéraire est le plus fréquent¹³¹. Cet apport est d'une grande importance à ce stade du projet, en ce sens qu'il permet à la société de projet, et partant les promoteurs de réaliser les études de faisabilité nécessaires ou constituer les garanties exigées par l'Etat notamment la garantie de soumission. Les promoteurs peuvent aussi apporter des biens en nature (apport en nature). Il s'agira de

¹³¹ Yves Guyon, op. cit. 1996 p. 98.

« tous biens de production autres que le numéraire. »¹³² L'apport en nature peut être en pleine propriété¹³³ ou en usufruit¹³⁴. L'apport peut être aussi fait en industrie ou en jouissance¹³⁵. Ces différents apports viendront en appoint à chaque étape du projet. A l'étape de préparation de l'offre, les apports en numéraires sont adéquats. Ils permettront de faire face aux dépenses nécessitées par l'offre. A l'étape de l'exécution, les promoteurs peuvent alors diversifier les apports, et les apports en nature et industrie viendront en complément.

2) Les réserves

146. Les réserves ont vocation à couvrir « le coûts des opérations de service de la dette en cas d'insuffisance du flux des recettes »¹³⁶. Ces réserves résultent de des recertes du projet dépassant le cash flow, des dividendes non distribués aux actionnaires en raison de la clause de subordination au service de la dette. Les réserves sont souvent exigées par la loi applicable à la société de projet. Il est interdit dans ce cas de distribuer la réserve légale aux associés et de l'utiliser pour le remboursement des titres représentatifs du capital social. Les partenaires peuvent aussi convenir statutairement de constituer une « réserve statutaire ».

3) Les subventions de l'Etat

147. Il est parfois intéressant que l'Etat participe au capital de la société concessionnaire lorsque le projet n'est pas suffisamment rentable. Il s'agit généralement d'ouvrages dont les tarifs perçus sur les usagers sont approuvés officiellement et pourraient connaître des fluctuations descendants¹³⁷. L'intervention de l'Etat d'accueil témoigne de l'intérêt qu'il porte pour le succès du projet. Elle garantit les investisseurs et autres prêteurs mais aussi donne à l'Etat la possibilité de contrôler le projet en vue de son exécution dans les meilleures conditions et de pouvoir supporter les risques liés au projet. L'intervention de l'Etat peut

¹³² Idem, p. 100.

¹³³ L'apporteur en pleine propriété ne dispose d'aucun droit sur le bien transmis à la société de projet. Mais il pourra reprendre le bien en cas de liquidation de la société de projet. Voir article 1844-9 c. civ. Français.

¹³⁴ La société, dans ce cas, dispose de tous droits sur le bien sauf le droit de l'aliéner. L'apport en jouissance confère un droit personnel à la société contre l'apporteur.

¹³⁵ La société, dans ce cas, dispose de tous droits sur le bien sauf le droit de l'aliéner. L'apport en jouissance confère un droit personnel à la société contre l'apporteur.

¹³⁶ Antoine KHYR et Joel Magdeleinc, op . cit. 1985 p. 13 anuexe V.

¹³⁷ Marcel Sarnel, Les techniques nouvelles de financement privé d'ouvrages publics permettant la coopération entre secteur public et secteur privé, in Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1993, Colloque de Paris des 26 et 27 mars 1990 organisé par FEDUCI, FEC, 1997, p.95.

prendre plusieurs formes. L'Etat peut apporter des subventions. Celles-ci soutiennent les projets caractérisés par leur faible taux de rentabilité¹³⁸. Leur intérêt est qu'elles n'impliquent aucune rémunération ni obligation de remboursement¹³⁹, diminuent le coût du projet, diminuent le coût du financement, réduisent les coûts d'exploitation via des subventions de fonctionnement¹⁴⁰ et apportent une caisse substantielle aux promoteurs du projet de faire face aux mi-coûts du financement pendant la période de construction¹⁴¹. Il est alors recommandé que cette somme soit domiciliée dans un compte séquestre car, le projet CET est caractérisé par l'absence de recours des promoteurs contre l'Etat d'accueil. Aussi cette participation de l'Etat limite la promotion de la liberté commerciale revendiquée par les promoteurs et les prêteurs du projet. L'Etat peut aussi intervenir directement ou indirectement au capital de la société concessionnaire en fonds propres. L'intervention directe de l'Etat s'effectue par les crédits directs¹⁴² ou des avances subordonnées¹⁴³. Leur remboursement a lieu après la rémunération et remboursement des prêts bancaires. L'Etat peut aussi participer par les apports en nature¹⁴⁴ ou assurer la faisabilité commerciale du projet en souscrivant des engagements dans des projets dits « *take or pay* » ou « *supply or say* »¹⁴⁵. L'Etat intervient aussi indirectement en accordant des exonérations fiscales et douanières ou en supportant les frais de gestion du contentieux. La participation de l'Etat doit être contenue dans un certain seuil pour lui éviter de supporter des risques. C'est ce que justement la technique de financement de projet CET évite.

¹³⁸ Davezies Laurent, L'économie du partenariat privé en matière d'infrastructures, ce que suggèrent les études de cas, in expérience française de financement privé des équipements publics, sous la direction de Claude Martinand, Economica 1993, p. 53.

¹³⁹ Jean Stoufflet, Les capitaux propres, REV, SOC. 1986, pp. 546 et 547.

¹⁴⁰ Marcel Samet, Le financement privé du Tunnel Sous la manche. Cas unique ou exemple, banque n° 474. 1987, p.661.

¹⁴¹ Jean Marc Loucle, op. cit. RDAI n°8. 1997, p.95.

¹⁴² Comme dans le projet Sydney Harbour Tunnel et Malaysian express way. Cf. UNIDO BOT Guide Line, p.67.

¹⁴³ Le Pakistan intervient à hauteur de 70% du coût total du projet en matière d'électricité, sous forme de prêts subordonnés.

¹⁴⁴ Michel Feve, Les financements des trains à grande vitesse (TGV), in l'expérience française du financement privé des équipements publics sous la direction de Claude Martinand, Economica, 1993, p. 134. Ces apports peuvent consister en l'établissement et la cession d'infrastructures nécessaires à l'exploitation du projet voir à ce propos, Doanli Le Dang, les rapports entre la société ad hoc et la puissance publique, RIDC n° 4 1997, p. 893. L'exemple le plus récent est le financement du pont n° 2 sur le fleuve Yangzi dans la ville de Wuhan avec le groupe Hong Kongois Nex World. L'investisseur étranger a créé une joint venture avec une société locale responsable de la gestion des deux ponts existants sur la rivière Han. Le montage financier est comme suit : le capital de la joint venture 1.79 Md RMD, part de la partie chinoise 51%, part de New World 48,9%, apport en nature de la partie chinoise : deux ponts déjà existants sur la rivière Han et les travaux réalisés sur le pont n° 2.

¹⁴⁵ Par ces contrats, l'Etat garantit la commercialisation des services ou des produits du projet et l'approvisionnement des matières premières nécessaires au fonctionnement du projet. Il en est surtout ainsi dans la production électrique.

148. La participation de l'Etat aux fonds propres a soulevé un débat doctrinal. Pour les uns, cette intervention mettrait le projet sous l'influence du gouvernement. Pour les autres, la participation du gouvernement serait un support très important pour la société concessionnaire lors des diverses négociations avec les constructeurs et les prêteurs¹⁴⁶.

149. A notre avis, il est fondamental que l'Etat participe au capital de la société concessionnaire. Il confirmerait ainsi son intérêt à l'égard du projet. Une attention particulière doit toutefois être portée à cette participation pour éviter que l'Etat n'influence ou ne bloque la prise de décisions importantes.

B – La composition des quasi-fonds propres

150. Il est fréquemment fait appel, dans le financement de projet CET, aux titres subordonnés, aux obligations remboursables en action et aux obligations avec bon de souscription d'action.

1) Les titres subordonnés

151. Les titres subordonnés sont des créances de dernier rang qui ne seront remboursées après que les autres créanciers ont recouvré leur créance. La subordination peut être spécifique ou générale¹⁴⁷. Par la subordination spécifique, l'apporteur de titre ou junior créancier accepte par contrat de prêt passé avec la société concessionnaire, de subordonner sa créance au profit d'un autre créancier (le « service crédits »). Dans la subordination générale, par contre, il accepte de subordonner sa créance non seulement au profit d'un créancier précis mais au profit de tous les autres créanciers de la société concessionnaire. (Les *seniors créancier* »)

152. Dans le financement de projet CET, l'on utilise le titre subordonné à durée indéterminé (TSBI)¹⁴⁸ soumis aux règles communes des titres subordonnés. Il convient de noter que pour son efficacité, on fait application de la théorie de la stipulation pour autrui

¹⁴⁶ Mark AUGENBLICK and Scott CUSTER, « The build, operate and transfer (« BOT ») approach to infrastructure project in developing countries. The World Bank, working papers series 498, 1996 p 18. et Marcel Sarnet, Les financements en partenariat public-privé : Banque N° 517, 1991 p. 602.

¹⁴⁷ Hervé Leroy, Les clauses de préférence et de subordination en droit français des emprunts, RDAI n°7, 1986pp.726.

¹⁴⁸ On rencontre aussi les titres subordonnés remboursables (TSR) et les titres subordonnés remboursables avec bon de souscription d'obligation remboursables en action (TSR BSORA), voir Lamy Droit du financement n°539, 1998,pp350 et S.

paraît indispensable. En effet, le créancier subordonné (le stipulant) s'engage, à la demande de la société concessionnaire emprunteuse (la promettante), à subordonner sa créance à celle des autres créanciers (les bénéficiaires) présents ou futurs de la société concessionnaires. Ainsi, les créanciers bénéficiaires ont un droit direct envers la société concessionnaire¹⁴⁹. Dès lors, l'insolvabilité, la liquidation pure et simples et autres procédures collectives font jouer la clause de subordination. La subordination s'avère importante en cas de concours acharné entre les créanciers. C'est pourquoi cette clause permet à la société créditée « de prendre connaissance des engagements contractés par des tiers/subordonnés et s'engage à son tour à ne pas faire à ce dernier aucun paiement aussi longtemps que les engagements de la dite société envers la Banque (créancier bénéficiaire) n'auront pas été entièrement respectés. »¹⁵⁰.

153. En tout état de cause, les créanciers subordonnés s'engagent à ne pas exiger ni accepter le remboursement total ou partiel des créances. Mais, il est important de remarquer que deux obstacles se dressent à l'utilisation des titres subordonnés dans le financement de projet CET. Il s'agit de leur opposabilité vis-à-vis du liquidateur de la société concessionnaire ou du liquidateur de l'organisme prêteur et les contraintes imposées par les apporteurs de quasi-fonds propres.

Le problème de l'opposabilité est généralement soulevé en l'absence de réglementation spécifique. La doctrine ici ne désapprouve pas cette opposabilité de la clause au liquidateur de l'organisme prêteur et au liquidateur de l'emprunteur¹⁵¹.

154. Par contre, la jurisprudence anglaise semble s'opposer à la validité de cette clause de l'ouverture de procédure collective envers l'emprunteur¹⁵². C'est pourquoi, il est exigé aux créanciers subordonnés (*juniors creditors*) de détenir les sommes reçues au titre du remboursement de leur prêt en trust au profit des créanciers bénéficiaires de la subordination (*seniors creditors*)¹⁵³. La subordination ne rompt pas l'égalité entre les créanciers et sa reconnaissance n'est pas atteinte au regard de l'article 2093 du code civil français : « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

¹⁴⁹ Christian Larroumet, Droit civil. Les obligations. Le contrat, 3^{ème} édition T 3, Economica, 1996, p. 930 et suivant.

¹⁵⁰ Cité par André Bruynell et Sylviane Velu, Les prêts subordonnés en droit belge, in prêts participatifs et prêt subordonnés, un nouveau mode de financement, journée d'étude de Rouen, 19 novembre 1981, FEDUCI, 1983, p. 157.

¹⁵¹ Les législateurs sont muets en la matière. Par contre, à notre connaissance le Bankruptcy act (section 510) aux Etats-Unis en a tenu compte.

¹⁵² Hervé Leroy, op. cit. p. 727.

¹⁵³ Laurent Faugerolas, op. cit. p. 423.

155. A côté de la subordination, entre autre, la cession d'antériorité a été admise par la jurisprudence peut être utilisée¹⁵⁴.

2) Les obligations remboursables en action (ORA)

156. Les ORA sont une souscription à terme de titres représentatifs du capital de la société concessionnaire. Relativement à la souscription, les actionnaires de la société concessionnaires ont un droit de préférence qui est exprimé dans le délai de souscription prioritaire. Dans le financement de projet CET, cette technique est à l'avantage de l'Etat contractant et des banques prêteuses. Car celles-ci démontrent l'intérêt des promoteurs aux projets. Elle inciterait les investisseurs toujours méfiant à les souscrire¹⁵⁵. Le remboursement des ORA se résout par dation d'actions en paiement. Les apporteurs de ORA sont des actionnaires à terme. Ils prennent des risques faces aux aléas auxquels la société concessionnaire sera confrontée¹⁵⁶. Les obligations remboursables en action ne peuvent être émises exclusivement que par les sociétés anonymes¹⁵⁷. ou les sociétés en commandites par actions¹⁵⁸. il faut noter que, généralement, l'opération implique un tiers qui va détenir les actions devant servir de remboursement. Ce tiers s'éclipsera au moment opportun – la société ne peut aussi émettre les obligations remboursables en action à une valeur inférieure à celle des actions promises par dation en paiement¹⁵⁹.

3) Les obligations avec bons de souscription d'action (OBSA) ou obligations à warrant

157. Les OBSA sont les obligations associant à la souscription d'une obligation simple au droit de souscription à une action. Les bons attachés à ces obligations donnent le droit de souscrire à un ou plusieurs prix fixés à l'émission et pendant une période fixée à l'émission, à des actions qui seront émises par la société concessionnaire. Les OBSA ne sont ni une créance ni une part du capital social mais juste un titre sans valeur nominale¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Cass. civ. 16 novembre 1896, DP t897, p. 51. V. comm. de Laurent Faugcrolas, op. cit. 1991, note 38, p. 237.

¹⁵⁵ Nathalie Mourgues, Capitaux propres et quasi fonds propres, Economica. 1996, p. 85.

¹⁵⁶ Yves Guyon, Droit des affaires, 1^{er} Tome, 10^{ème} édition, Economica, 1998, p. 793.

¹⁵⁷ Selon le droit OHADA.

¹⁵⁸ Selon le droit français ; en plus bien sûr de la société anonyme.

¹⁵⁹ Nathalie Mourgues, op. cit., p. 86.

¹⁶⁰ Yves guyon, op. cit., p. 24.

L'émission de ces obligations doit être autorisée par l'assemblée générale extraordinaire de la société concessionnaire sur rapport du conseil d'administration et du commissaire aux comptes.

158. Cette technique offre de véritables avantages pour la société concessionnaire surtout pour les actionnaires. Ceux-ci ont, en effet, un droit prioritaire de souscription leur permettant de garder le contrôle de la société car ils peuvent ainsi empêcher l'entrée de nouveaux actionnaires. Ces actions permettent à la société d'avoir pendant la période de construction une rentabilité minimum.

Section II : La participation des banques et organismes internationaux

159. Les fonds propres et les quasi-fonds propres seuls ne suffiront pas pour réaliser un projet CET. L'intervention d'un syndicat bancaire est indispensable, la constitution du syndicat bancaire permet particulièrement à la société concessionnaire de disposer des fonds nécessaires. Ces fonds proviennent également d'organismes internationaux et d'établissements de crédits. Ces deux types de prêts (syndiqués et d'organismes internationaux) sont organisés dans des contrats conclus avec la société de projet. Ces deux types de prêts ont leurs propres caractéristiques et objectifs. Les prêts syndiqués s'intéressent à la viabilité financière du projet (I) alors que les prêts des organismes internationaux et des établissements de crédits sont guidés par la viabilité économique (II).

Paragraphe I : La recherche de la viabilité financière

160. Les fonds nécessaires pour la réalisation des projets CET ne peuvent être mobilisés par une seule banque et surtout supporter seule, les risques inhérents au projet. C'est pourquoi, un certain nombre de banques, sous l'initiative d'une banque dite chef de file répondra à la demande de la société de projet en mettant en place un syndicat bancaire, creuset dans lequel les rapports les banques sont reçues (Sous paragraphe I) ; des règles précisent de fonctionnement sont établies pour optimiser cette collaboration (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I – La mise en place du syndicat bancaire

L'établissement de ce syndicat bancaire dans le projet CET répond à une logique bien différente des financements classiques menée par une banque dite chef de file (B).

A – La motivation des recours au syndicat bancaire

161. Avant de cerner les raisons fondamentales qui sous-tendent la mise en place des prêts syndiqués, nous essayerons de comprendre la stratégie des banques.

1) La stratégie des banques

162. Le recours au syndicat bancaire pour le financement du projet CET diffère-t-elle de la bancarisation classique ? Il convient de savoir si et pourquoi le financement classique ne répond pas aux attentes du projet CET et du financement classique. La particularité du financement de projet CET est que le remboursement de celui-ci repose sur le cash flow généré par le projet. De ce fait dans le financement de projet CET, on note une participation active des banques prêteuses. Cette démarche se justifie par le fait que, à la différence des promoteurs de projet, les banques, ne participent pas aux plus values dégagées. Elles sont plutôt remboursées par les recettes du projet et rémunérées à partir d'un taux d'intérêt prédéterminé quelque soit les bénéfices réalisés. Les banques ne jouent donc par le même rôle dans le financement du projet CET que dans le financement classique. D'abord, alors que dans le financement classique les banques assument seulement le risque d'insolvabilité de l'emprunteur, dans le financement CET, elles prennent, seules, certains risques et en partagent d'autres avec la société de projet. Ensuite, dans le projet CET, les banques ne se font remboursées que sur les résultats obtenus à la suite de la réalisation du projet. Enfin, dans le financement de projet CET, les banques ont besoin aussi de mettre en place des garanties et ici ses garanties se limitent aux actifs de la société de projet. On considère donc que le gage commun des banques, en tant que créancier, se réduit aux actifs de la société de projet. Contrairement aux prêteurs classiques dont la principale garantie est la solvabilité de l'emprunteur, les prêteurs CET sont guidés par la rentabilité du projet. En conséquence, ils s'intéressent à la continuité de l'exploitation, de telle sorte qu'ils mettent en place des mécanismes de gestion de l'exploitation en lieu et place de la société de projet. Généralement,

il est fait usage du mécanisme de *floating charge* du droit anglais. Cette technique leur permet de prendre en possession des actifs grevés de la société de projet et de confier leur gestion à un administrateur appelé *receiver*¹⁶¹. Le recours à cette technique répond à la logique de continuité en ce sens que les sûretés du droit franco-africain ne sont pas, elles, adéquates. Elles nécessitent la vente des actifs grevés ce qui peut entraîner l'interruption de l'exploitation allant ainsi à l'encontre de leur préoccupation : la continuité de l'exploitation du projet. Les banques prêteuses peuvent également être assurées par le recours au mécanisme dit de substitution par lequel les prêteurs remplacent la société de projet en cas de défaillance.¹⁶²

163. En raison de leur importance dans le financement de projet CET, l'élaboration des aspects juridique et financier du projet est subordonnée à des exigences des banques¹⁶³.

La principale exigence est l'existence d'un contrat de concession entre la société de projet et l'autorité concédante. Ce contrat confère à la société de projet le droit d'exploiter le projet. Le contrat comporte une durée suffisamment longue pour permettre l'amortissement des investissements.

164. Les banques exigent aussi la garantie de la commercialisation des produits ou des services du projet afin de capter le cash flow à la source. Elles mettent en place un système de contrôle de cash flow. Elles font signer à l'autorité concédante un contrat « *take or pay* »¹⁶⁴. Par ce contrat, l'autorité concédante s'engage à acheter des quantités minimum de produits ou services du projet¹⁶⁵. L'autorité concédante doit alors verser une somme minimale qu'elle ait pris livraison ou non de produits ou bénéficier du service. Les banques captent ainsi le cash flow à la source en utilisant des mécanismes du droit des obligations telles que la cession de créance et la délégation. Les banques exigent enfin, qu'intervienne le pays d'accueil par l'intermédiaire de la banque centrale pour garantir la convertibilité et la transférabilité des recettes du projet qui sont souvent perçues en monnaie locale.

¹⁶¹ Michael Elland-Goldsmith. Les sûretés réelles mobilières en droit anglais, RDAI, n° 2, 1995, p. 145, Frédéric Dahan, Le *floating charge* : reconnaissance en France d'une sûreté anglaise, JDI, 1996, p. 381.

¹⁶² Jean Marc Loncle, Grands projets d'infrastructures : le montage build, operate transfert (BOT), RDAI, n° 8, 1997, p. 963.

¹⁶³ Philippe Bolnin, Pour un partenariat public privé dans la réalisation de grands projets d'infrastructures : la notion de co développement, RDAI n° 2, 1999, p. 143.

¹⁶⁴ Patrick Blanchard, Montage contractuel de projet de production indépendante d'électricité dans les pays en développement, RDAI n° 4 et 5, 1998, p.445.

¹⁶⁵ Olivier Senard, Le financement de projet, une expérience française banque n° 412, 1981, p. 1417, ainsi que Jean Marc Loncle, op. cit., p. 963 ; François Dessault, L'obligation d'achat dans certains contrats internationaux de fournitures, RDAI n° 1, 1998, p. 3.

165. En définitive, le projet CET dans lequel intervient le syndicat bancaire doit présenter des garanties capables de contrer les aléas économiques et financiers importants¹⁶⁶.

2) Les raisons fondamentales de la mise en place

166. Ces raisons sont nombreuses. Elles sont relatives à la répartition des risques, la nécessité d'apporter un financement considérable mais aussi aux avantages lucratifs que génère le projet. Le but principal du syndicat est de répartir les risques¹⁶⁷. Cette répartition est à l'avantage des banques et de la société de projet. En effet, la répartition du prêt sollicité réduit la marge des risques assumés par chaque membre du syndicat. Ces banques, parfois, vont établir un système de répartition occulte de responsabilité ; en l'absence de solidarité entre elles. La défaillance d'une banque membre du syndicat n'entraîne aucune obligation aux autres de la remplacer. La solution serait peut être de réduire le montant du prêt. Dans la pratique, les autres banques s'efforceront spontanément de prendre en charge la part de la banque défaillante ou de trouver une autre banque à sa place. La répartition des risques entre les banques membres du syndicat s'effectue en deux étapes. La première, à l'occasion du contrat de syndication, les parties stipulent que chaque banque s'engage isolément à réaliser sa part de prêt.

167. A la deuxième phase, lorsqu'une banque serait défaillante, l'un des membres du syndicat aura alors l'obligation de prendre en charge les engagements de celle-ci par les techniques de sous-participation ou cession de participation. A dire vrai, les risques dans le cadre du financement du projet CET sont considérables et leur portée varie, toutefois, selon que l'en est à la phase de construction ou d'exploitation.

168. Pendant la période de construction, les risques de dépassement des coûts sont parfois tels qu'ils fausseraient les prévisions de recette et donc de remboursement du prêt. Au cours de la période d'exploitation les risques que l'on note sont des risques liés à l'environnement juridique et financier du projet. Il s'agit des risques de change et des risques de taux d'intérêt. La constitution du syndicat bancaire a pour but de répartir les risques économiques et financiers. Les autorités publiques peuvent prendre des mesures¹⁶⁸ pouvant influencer la vie du prêt. La solution à cette manifestation souveraine de l'autorité publique étatique pour les

¹⁶⁶ Marc Tabouis, Pour le financement des infrastructures, Banque n° 562, 1995, p. 53.

¹⁶⁷ Gauthier Bardeaux, Le crédit acheteur international, Economica 1995, p. 163 ; Françoise Dincg, Les groupes bancaires, Thèse Paris 2, 1996, p. 48 ; Aline Grenou, projet financing : Concepts fondamentaux et aspects juridiques, DPCI n° 2, 1980, pp. 206 et 207.

¹⁶⁸ Ces mesures sont prises dans les lois de police en matière monétaire.

parties est d'insérer dans le contrat des clauses de droit applicable, clause limitant l'impossibilité pour une juridiction donnée de reconnaître la validité d'une disposition du contrat à cette seule disposition et à cette seule juridiction¹⁶⁹.

La répartition des risques est aussi à l'avantage de la société de projet. Compte tenu des sommes énormes nécessitées par le projet, il est souhaitable que la société de projet traite avec plusieurs banques. Car en se limitant à une seule, la défaillance de celle-ci ou son retard dans l'exécution de ses prestations aura des conséquences sur le déroulement du projet.

169. Nonobstant les risques propres à la réalisation du projet CET, l'intérêt pour les banques de le financer est non négligeable. Car ces projets sont plus rémunérateurs que les prêts classiques¹⁷⁰. De commissions sont également perçues rétribuant les efforts déployés par les banques chefs de file lors de la mise en place du syndicat bancaire.

En tout état de cause, dans le cadre de ce financement interbancaire les risques varient selon l'époque du projet. En effet, la marge des risques est supérieure pendant la période de construction que pendant la période de l'exploitation au cas où les banques prêteuses ne bénéficient pas d'une garantie d'achèvement.

B – Les modalités de la mise en place du syndicat bancaire par un chef de file

170. La constitution du syndicat bancaire relève en effet de la mission confiée à une banque appelée chef de file. Elle est l'intermédiaire directe de la société de projet emprunteuse. Elle est chargée du montage de l'opération de prêt consortial.

1) Le choix de la banque chef de file.

171. Le choix de la banque chef de file doit tenir compte des qualités de la banque mais aussi du contenu des offres présentées par les banques postulantes.

a) Les qualités requises du chef de file

172. La banque susceptible d'être retenue comme chef de file doit répondre aux exigences financières de la réalisation de grands projets. La banque doit prouver sa compétence en

¹⁶⁹ Jean Bernard Blaise et Philippe Fouchard, op. cit., p. 321.

¹⁷⁰ Marie Hélène Sergent et Pascale Arbillo, Un entretien avec René Thomas, Président de la BNP, MTF n° 11, 1991, p. 18.

matière de financement de grands projets¹⁷¹. La banque susceptible doit, ensuite, avoir une grande surface financière du fait que son rôle ne se limite pas seulement à mettre en place le syndicat et à négocier. Le contrat de prêt mais s'oblige aussi à fournir une grande part du prêt sollicité par la société de projet¹⁷².

b) Le critère du contenu de l'offre

173. La société de projet, après réception des offres des banques, les examine notamment en comparaison des montants qu'elles s'engagent à mettre à sa disposition. Elle s'appuiera à cet effet, sur la lettre d'engagement. Dans ce document, la banque précise les modalités selon lesquelles les fonds seront mis à la disposition de la société concessionnaire, les hypothèses de remboursement anticipé du prêt, les taux d'intérêt, les sûretés à fournir, les taxes, la loi applicable au contrat de prêt, la juridiction compétence, la période de tirage les engagements de la société emprunteuse, les autorisations et documents requis, la durée du prêt, le délai de réflexion au-delà duquel la société de projet est censée avoir accepté l'offre. En second lieu, la nature de l'engagement des banques est tout autant déterminante. Les banques peuvent s'engager de trois manières. Elles peuvent déposer une offre ferme garantissant la bonne fin de l'opération de prêt ou une offre conditionnelle ne comportant pas d'obligation de résultat ou encore un engagement d'entreprendre des démarches nécessaires pour la mise en place du syndicat¹⁷³. Dans l'offre ferme, l'éventuel chef de file s'engage à mettre à la disposition de la société de projet les fonds sollicités. Il s'agit d'une obligation de résultat. Cela signifie qu'en cas d'échec, il sera obligé d'octroyer le prêt aux conditions précisées et définitives. La banque s'est ainsi constituée *underwriter*¹⁷⁴ c'est-à-dire qu'elle prend l'engagement ferme de syndiquer le prêt. Relativement à l'offre conditionnelle, la banque candidat au chef de file s'engage à mettre à la disposition de la société concessionnaire emprunteuse les fonds nécessaires mais de pouvoir les modifier en cas d'échec de la syndicalisation. Enfin, la banque chef de file peut également s'engager à entreprendre les démarches nécessaires pour mettre sur pied un syndicat capable de répondre aux exigences de la société de projet. Dans

¹⁷¹ Ce critère paraît nécessaire ou convaincre la société de projet emprunteuse mais aussi les autres banques invitées à participer au syndicat.

¹⁷² Sa participation peut atteindre parfois 30 à 35% du montant total du prêt. Mais il faut aussi tenir compte du rapport entre cette participation et ces fonds propres.

¹⁷³ John Riggs, *Le fonctionnement du syndicat bancaire*, 1982, pp. 196-197.

¹⁷⁴ M. Elland-Goldsmith, *Le fonctionnement du syndicat*, op. cit., 1981, p. 116 ; Pascal Deniau, *Les contrats de financement internationaux sur projets : modalités de garantie du financement des investissements*, thèse Dijon, 1990, p. 199.

cette modalité la banque ne définit pas les conditions du prêt. Ici, l'obligation de la banque chef de file est une obligation de moyens. Elle fera de « best efforts » pour la constitution du syndicat bancaire. En cas d'échec, elle pourra se démettre de ses fonctions¹⁷⁵.

174. En définitive, la société de projet choisit parmi les lettres d'engagement celle dans laquelle la banque candidate a pris un engagement ferme. Lorsqu'aucune des lettres d'engagement ne contient d'engagement ferme, la société de projet porte son choix sur celle qui présente l'offre la plus avantageuse.

2) Les attributions de la banque chef de file

175. La banque chef de file a pour fonction de constituer le syndicat bancaire et de procéder à l'élaboration du contrat de prêt. Ces attributions s'exercent dans un cadre juridique bien défini.

a) Le rôle du chef de file en matière de constitution du syndicat

176. A ce stade, l'essentiel de son rôle réside dans le choix des banques. Alors, sur quelle base ce choix va-t-il s'opérer ? Comment la banque chef de file prend-elle contact avec les banques potentielles du syndicat ? Sur quels critères ces dernières décident-elles de participer au syndicat ?

177. Relativement aux critères de choix, ce sont les mêmes qui avaient prévalu lors du choix du chef de file : la compétence, la surface financière. Le chef de file doit également tenir compte des critères de nationalité¹⁷⁶ des banques. Quant à la prise de contact, elle s'effectue par un memorandum de placement¹⁷⁷. Ce memorandum comporte les renseignements sur la capacité technique et financière de la société de projet. Se fondant sur ces renseignements, les banques décideront de leur participation au syndicat¹⁷⁸. La banque chef de file établit le memorandum en procédant à une étude préliminaire de faisabilité du projet, sa rentabilité, les risques inhérents à sa réalisation et sa couverture la situation juridique et financière de la société de projet ainsi que la situation économique et politique

¹⁷⁵ Christian Puhr, L'organisation bancaire des Euro-Crédits. La pratique de la syndication. La constitution du syndicat 1981, p. 109.

¹⁷⁶ Sous la pression de l'Etat, les chefs de file peuvent se voir imposés de choisir telle ou telle banque.

¹⁷⁷ Aline Grenon, projet financing. Concepts fondamentaux et aspect juridiques, DPCI n°2, 1980, p. 207.

¹⁷⁸ Encore appelé note d'information.

d'exécution du projet. La banque chef de file incorpore ces renseignements dans le memorandum qu'elle distribue aux banques susceptibles de faire partie du syndicat. Ces renseignements doivent être clairs et précis. La banque chef de file sera responsable de tout défaut¹⁷⁹. Il faut, tout de même noter que, pour participer au syndicat, les banques tiennent compte un certain nombre de considérations. La première est l'appréciation des risques liés à la réalisation du projet et susceptibles de mettre en cause le remboursement du prêt.

178. La deuxième considération est relative aux conditions du prêt notamment la devise de prêt, la loi applicable au contrat de prêt, les commissions, le taux d'intérêt, les garanties que la société de projet est prête à consentir au syndicat.

179. En réalité, la décision des banques susceptibles de participer ou non au syndicat dépendra des réponses apportées à un certain nombre de questions : la syndicalisation a-t-elle été bien structurée ? Les conditions du prêt sont-elles réalistes ?

Le banquier est-il assuré de la rentabilité ? La société de projet a-t-elle la surface financière requise ? La garantie accordée est-elle solidement structurée ?

b) Le rôle du chef de file dans l'élaboration du contrat de prêt

180. A ce stade, il est requis de la banque chef de file une expertise précise. Son rôle est d'élaborer le contrat de prêt. Ce contrat revêt une grande importance pour les parties¹⁸⁰. Les difficultés inhérentes au contrat de prêt apparaissent au cours des deux étapes d'élaboration : la réalisation et la négociation du contrat de prêt.

A l'élaboration du contrat de prêt, la syndicalisation est organisée dans le contrat de prêt lui-même. Autrement dit, les relations entre les banques d'une part et les banques et la société de projet d'autre part sont gouvernées par un contrat unique qui va lier, en toutes ses dispositions, tous les signataires. Les obligations issues de la syndicalisation auraient pu être associées au contrat de prêt car leur objet est distinct¹⁸¹. Le contrat élaboré par le chef de file est donc un contrat définitif comportant les conditions de prêt et celles des syndicats. Le

¹⁷⁹ Le défaut d'informations a donné lieu à un conflit dans l'affaire *Colocotronis*. Dans cette affaire un prêt a été syndiqué par l'European-American Bank. A la suite de la défaillance de l'emprunteur, les banques participantes ont poursuivi en justice l'European-American Bank, Banque chef de file, en l'accusant de ne pas leur avoir donné toutes les informations qu'elle avait et de leur donner des renseignements incorrects sur la situation juridique et financière de l'emprunteur. Sur cette affaire voir C. Dufloux et N. Margulici, *La syndicalisation, les risques de conflit entre Banque, Banque n° 411*, 1981, p. 1218 ; P. Egerton-Vernon, *La responsabilité du banquier dans le contexte de la gestion des crédits*, Banque n° spécial 1979, pp. 35 et suivants.

¹⁸⁰ M. Herrenshmit, estime que le contrat de prêt est la Bible des banques participantes, op. cit., 1981, p. 36.

¹⁸¹ J. B. Blais et P. Fouchard, op. cit. 1981, p. 176.

contrat de syndicat regroupe les clauses insérées dans le contrat de prêt et dont l'objet est d'organiser les rapports entre les banques participantes entre elles. Le contrat de prêt semble d'une nature particulière ; tant sur la forme que sur le fond. Relativement à la forme, contrairement aux contrats ordinaires qui sont conclus entre deux personnes morales ou deux personnes physiques ou encore entre une personne physique et une personne morale, le contrat de prêt est conclu entre un ensemble de personnes morales, les banques et la société de projet.

181. Le contrat de prêt est particulier au fond. Les modalités d'exécution du contrat de prêt trahissent la qualification donnée par les parties. En effet, les banques prêteuses ne mettent pas à la disposition de la société de projet les fonds demandés. Car des documents préalables doivent être communiqués à chaque tirage et la société de projet emprunteuse ne peut non plus utiliser immédiatement les fonds prêtés. A cet effet, nous estimons que le moule juridique du contrat de prêt de droit civil ne se prête pas les intentions des parties¹⁸². La qualification de contrat de prêt ne rend pas compte de la mission contractuelle confiée au prêteur - encore que dans le droit franco-africain, le contrat de prêt est un contrat réel qui se forme par la remise de la chose prêtée à l'emprunteur¹⁸³.

182. C'est pourquoi, nous soutenons que le contrat de prêt syndiqué n'est pas un contrat de prêt de droit civil. Il n'est pas non plus un contrat d'ouverture de crédit¹⁸⁴. Car s'il intègre la période qui précède la mise à disposition des fonds prêts, il laisse ensuite la place à la notion classique de prêt. Le contrat de prêt syndiqué, comme le crédit documentaire est un contrat innommé né de la pratique pour régler une relation évolutive¹⁸⁵. Il n'est donc pas normal d'enfermer les relations contractuelles entre la société de projet et les banques dans un système préétabli ou de les soumettre aux modalités d'un contrat nommé. Quoiqu'il en soit, le contrat de projet syndiqué contient des clauses qui gouvernent une double relation : banques prêteuses et société de projet et les banques entre elles.

183. Après avoir élaboré le contrat de prêt syndiqué, la banque chef de file entame les négociations avec la société de projet. L'objet de cette négociation est de fixer le montant le prêt, ses garanties et les modalités du remboursement. La signature intervient dès lorsque les

¹⁸² J. Terray, Les interférences de l'environnement réglementaire sur l'équilibre contractuel, in Les Euro-crédits (Tours) 1982, p. 107..

¹⁸³ Voir l'article 1892 c.civ. Français ou art. 525 du code sénégalais

¹⁸⁴ G. Honnard, La nature de l'intervention des banques dans les euro-crédits, Banque, 1981, p. 1145 ; Lamy Droit du financement n°2511.

¹⁸⁵ M. A. Jacquement, Le contrat d'eurocrédit : un contrat à contenu variable, JDI n° 1, 1979pp. 34 et S.

parties sont mises d'accord sur les clauses essentielles du contrat. Toutes les banques¹⁸⁶ peuvent signer le contrat de prêt syndiqué ou la banque chef de file seule¹⁸⁷ selon la forme du syndicat.

c) Le cadre juridique d'exercice du rôle de la banque chef de file

184. On peut déduire que le chef de file joue un rôle de courtier, de mandataire selon qu'il sert d'intermédiaire ou non¹⁸⁸. Aux termes de l'article 1984 du code civil « le mandat ou la procuration est un acte par lequel une personne donne à un autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. » La banque chef de file reçoit pouvoir de syndiquer un prêt auprès des autres banques susceptibles de faire partie du syndicat de la société de projet dès lors que celle-ci signe la lettre d'engagement. La banque chef de file agit à titre de mandataire. Elle se limite au montage d'une opération de prêt syndiqué. Elle tire donc de cette lettre d'engagement un mandat spécial¹⁸⁹. Par ailleurs, la banque chef de file, dans sa démarche de rapprocher la société de projet et les banques participantes, agit en tant que courtier.

185. Aux termes du contrat de courtage, le chef de file est tenu de communiquer aux banques participantes tous les renseignements sur la société de projet et de faire part à celle-ci de la situation financière de chaque banque participante¹⁹⁰.

d) La responsabilité de la banque chef de file

186. La responsabilité de la banque chef de file peut s'engager à l'égard de la société de projet emprunteuse et des autres banques du syndicat. On a déjà démontré que la banque chef de file est liée à la société de projet par un contrat de courtage-mandat¹⁹¹. La responsabilité sera mise en œuvre suite au manquement de la part du chef de file de ses obligations découlant du contrat de mandat. La banque chef de file est donc tenue d'exécuter ses

¹⁸⁶ Il en sera ainsi dans un syndicat direct.

¹⁸⁷ Il en sera ainsi, par contre, si la syndication est indirecte.

¹⁸⁸ Youmna Zein, Les pools bancaires : aspects juridiques, Economica, 1998, pp. 63 et 64.

¹⁸⁹ Voir article 1987 du code civil français.

¹⁹⁰ Ces auteurs considèrent que le contrat entre la société de projet et le chef de file contient des obligations caractéristiques du courtage et du contrat d'entreprise, voir à ce propos, J.-B. Blaise et P. Fouchard, La valeur juridique de la syndication, op. cit. 1981, p. 188.

¹⁹¹ J. B. Blaise et P. Fouchard, op. cit. In Les euro-crédits (Dijon) 1981 p. 187.

obligations de façon loyale et diligente¹⁹². Il est important de distinguer l'obligation d'information dont est tenu le chef de file de celle de conseil. Dans la pratique, la banque chef de file, s'efforce de se prémunir de toute éventuelle action en responsabilité sauf s'il y a faute lourde et dol¹⁹³. A défaut de preuve de l'existence de lien contractuel, le comportement fautif de la banque chef de file sera considéré comme la violation d'une obligation précontractuelle de renseignement.

187. On dégage de l'absence de contrat entre la banque chef de file et les autres banques participantes, une responsabilité délictuelle en cas de comportement fautif¹⁹⁴. L'action en responsabilité, en la matière, peut se fonder sur la faute commise dans l'information relative à la rentabilité escomptée ou aux risques pouvant mettre en cause le remboursement du prêt, a fortiori si les informations fournies dans le memorandum étaient incomplètes.

188. En tout état de cause, conformément à l'article 1382 du code civil français ou de l'article 118 du COCC sénégalais, la responsabilité délictuelle ne peut être mise en jeu que sur l'évidence de l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

C- La nature juridique du syndicat bancaire

189. La nature juridique du pool bancaire a posé et pose encore un débat certain de sa qualification. Une véritable controverse doctrinale et même jurisprudentielle a révélé la division des auteurs et des juges entre la nature contractuelle et sociétaire du pool bancaire.

1- La nature contractuelle des relations

190. Il est important de dégager la singularité du contrat pour pouvoir comprendre la qualification contractuelle.

¹⁹² Philippe Petel, Les obligations du mandataire, Litec préf. M. Cabrillac, 1984. p. 13.

¹⁹³ J. P. Matout, Droit bancaire international, 2^e éd. Banque édition Banque Editeur 1996 P. 137 ; C. Dufloux et L. Margulici, La syndication, les risques de conflit entre banques, Banque Oct. N° 410 p. 1150

¹⁹⁴ J. B. Blais et Fouchard op. cit. 1981 p. 188.

a- Le formalisme et le contenu du contrat

191. La convention de crédit conclue après les négociations apparaît comme un document particulier aussi bien dans le fond que dans la forme. Il s'agit, en effet, d'un acte unique qui regroupe deux contrats. Il y a, en premier lieu, le contrat de pool. C'est celui qui régit la relation de syndicat en elle-même, c'est-à-dire la participation de chacune des banques, le partage des risques, etc. En second lieu, la convention qui contient le contrat de crédit. Dans ce contrat, les banques se sont mises d'accord avec l'emprunteur sur les conditions de l'octroi du crédit, l'objet et la cause du pool. Il s'agit, en clair, d'un instrument pour deux negotium. L'une des particularités de ce contrat est qu'il est marqué d'un fort individualisme. Car, malgré le caractère bilatéral du contrat, et bien que les banques constituent une même partie, on peut constater une indépendance certaine entre elles. Le fait pour chacune des banques d'être signataires au contrat va entraîner la création d'un lien juridique entre l'emprunteur et chacune d'elles. Le prêt est en fait consenti de façon personnelle au débiteur mais de manière collective. Il s'agit d'un ensemble de prêts individuels réunis dans un seul document. On notera une répercussion sur l'exécution du contrat. En effet, si l'une d'elles commet une faute, les autres banques n'en seront pas inquiétées, leur responsabilité ne pourra pas être recherchée. De même, si l'une des banques est défaillante, les autres n'auront pas l'obligation d'y pallier envers l'emprunteur. Elles restent donc seulement tenues de la part pour laquelle se sont engagées. Ce cas de figure peut se retrouver lors de la remise des fonds si l'une des banques ne remet pas les fonds à l'emprunteur, les autres banques ne sont pas tenues de les verser. Chacun des protagonistes est donc indépendant envers les autres. Cette indépendance se traduit donc par absence de solidarité entre chacun des prêteurs. L'emprunteur aura donc une relation différente avec chacune des banques et le fait que le contrat soit signé par chacun d'entre elles va créer un lien juridique avec chacun des banques participantes.

192. Pour certains auteurs, les prêts dans le cadre d'une relation de syndicat bancaire constituent une juxtaposition de relations contractuelle indépendantes. On aurait donc à faire à une pluralité de relations de crédits dans un contrat donnant naissance à une pluralité de créances¹⁹⁵. Logiquement, cela pose le débat sur la qualification se pose.

¹⁹⁵ Youmna ZETIN les nomme pools de concertation les opposant aux pools d'engagement formant une relation de crédit unique. V. Les pools bancaires, p.

b- La qualification contractuelle du syndicat

193. Le contrat de pool ne fait l'objet d'aucune réglementation législative ni d'aucune qualification juridique. On peut alors se demander s'il s'agit d'un contrat de société ou d'un simple contrat de prêt. Il est plus probable de retenir la qualification contractuelle.

Car, l'indépendance des banques entre elle semble faire pencher la balance en la faveur de la qualification contractuelle. La plupart des auteurs ont qualifié ce contrat de contrat de coopération *sui generis*. Pour certains auteurs comme MM. BROWN et TERRAY, il s'agit de rapports purement contractuels¹⁹⁶. Selon le professeur BLAISE, c'est « une technique originale de division des risques ».

194. Les auteurs en faveur de la qualification contractuelle mettent surtout en exergue l'absence d'*affectio societatis*, puisqu'il n'y a pas de réelle mise en commun d'apports et le fait que les banques ne partagent pas les bénéfices comme dans une société. De plus, la relation de syndicat rentre parfaitement dans la définition du contrat donné par l'article 1101 du code civil ou 40 du COCC sénégalais.

195. La doctrine internationale a hésité entre la qualification de société sans personnalité morale et de contrat *sui generis*. La doctrine anglaise, par exemple, a tenté de le qualifier en *partnership*, qui consiste une relation entre personnes qui exploitent une affaire en commun en vue de réaliser des profits. Mais dans ce cas de figure, les *partners* sont solidaires des dettes et obligations et ont une responsabilité illimitée. De plus, ils sont considérés comme les mandataires de chacun. Cette qualification n'est donc pas adaptée au contrat de pool, puisque les banques ne se partagent pas les bénéfices. Le pool est trop éloigné pour constituer une société anglaise par action.

196. Aux Etats-Unis, on a tenté également une approche sociétaire par la qualification de *joint venture*, où l'*affectio societatis* n'est pas obligatoire. Mais la définition de la *joint venture* reste tout de même trop proche de celle du *partnership* et c'est pourquoi la jurisprudence américaine ne la retiendra pas.

¹⁹⁶ BROWN et TERRAY, L'octroi conjoint de crédit, syndicat et sous-participation, JCP E n° 12 - 21 mars 2002 p.510

L'objectif de la qualification retenue en droit international réside dans le fait d'une uniformité des solutions. En effet, selon la loi applicable au contrat les solutions seraient différentes selon les qualifications retenues.

197. Au vue de ces tentatives de qualification nous serions plus enclins à retenir la qualification de contrat sui generis car il n'existe aucune forme sociétaire adaptée à la situation du pool. Qui plus est, les banques participantes à un pool n'utilisent pas une convention type ce qui revient à faire du cas par cas selon la pratique bancaire utilisée, car les modalités de chaque convention est très atypique.

198. Cependant la jurisprudence française dans un arrêt récent¹⁹⁷ a qualifié le pool de groupement de banques. Cela nous laisse donc penser que la qualification sociétaire a été mise de côté au profit d'une reconnaissance de la forme particulière de la relation de syndicat.

Mais il s'agit là de supposition, aucune solution ne vient réellement qualifier le pool de manière uniforme. Le pool reste un mystère dans sa qualification. Certes, la qualification du pool en contrat de crédit semble découler de la volonté des banques mais certains auteurs vont soutenir qu'il contient les éléments essentiels du contrat de société.

2- Une qualification sociétaire contestable

199. Considérons les éléments de la contestation avant d'évoquer une tentative d'analyse nuancée

a- Les éléments de la contestation

200. Dans les années 1975 des membres du pool avaient tenté de soutenir que leur présence devait s'analyser en un cautionnement du client au profit de la banque chef de file. Un tel raisonnement leur conférait la possibilité d'invoquer l'article 2037 du code civil permettant de décharger la caution lorsque la subrogation dans les sûretés ne pouvait s'opérer par la faute du créancier. Mais cette argumentation à dès le début été rejetée par la Cour de cassation.

201. Depuis, sur ce point la jurisprudence semble de façon majoritaire préférer le recours à la notion de société en participation à une qualification purement contractuelle, la doctrine apparaît plus controversée et n'a pas manqué d'instaurer le débat.

¹⁹⁷ Chambre commerciale 3 décembre 2003

Cette opposition générale entre auteurs a été alimentée par une jurisprudence parfois contradictoire, d'autant qu'aucune justification directe n'ait été avancée par la haute juridiction, qui dans la plupart des cas se contente d'affirmer sa position dans des décisions où la question de la qualification n'est pas la problématique centrale¹⁹⁸.

202. Mais si ces dernières années la jurisprudence semble écarter la qualification de contrat de société, notamment dans un arrêt de 2003 précité, plus récemment la cour a réalimenté cette discussion en cassant un arrêt sur le fondement des dispositions du code de commerce relative à la société en participation alors que l'application du droit commun des contrats était suffisante. De plus aucun principe général de solution n'ayant été admis, la jurisprudence se doit d'appréhender son analyse en fonction de chaque cas d'espèce. Ainsi afin de se forger notre propre conviction nous analyserons parallèlement les éléments nécessaires à la constitution de la société en participation avec celles existantes au sein d'un pool bancaire, tout en se référant à la qualification contractuelle puis nous analyserons les arguments développés par une autre partie de la doctrine et notamment par Melle ZEIN dans sa thèse intitulée " les pools bancaires ".

203. La définition de la société en participation, s'alignant avec la définition générale reconnue par le droit civil pour toute forme de société, est donc régie par l'article 1832 du code civil.

204. Ce dernier pose trois conditions essentielles et cumulatives à l'existence d'une société à savoir, une mise en commun des apports, la présence de l'affectio societatis et le partage des bénéfices.

205. Ainsi certains auteurs comme Messieurs Trevor BROWN ou Jacques TERRAY¹⁹⁹ revendiquent une impossibilité radicale de qualifier les rapports entre les banques autrement que comme des rapports purement et simplement contractuels et en déduisent l'existence d'un contrat sui generis de coopération interentreprises. Selon ces derniers, aucune mise en commun des apports n'est réalisée puisqu'en l'absence de personnalité morale, le groupement ne dispose d'aucune autonomie juridique, et ne peut donc constituer un actif propre au syndicat. Si la participation respective des banques est centralisée au sein d'un compte

¹⁹⁸ Nous pouvons citer pour exemple un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 6 juin 1996 ou encore de la cour de cassation en date du 16 janvier 2001, dans lesquels les juges se sont prononcés sur les capacités octroyées au chef de file dans l'exercice de son mandat et donc indirectement sur la qualification juridique.

¹⁹⁹ *ibid*

commun tenu par l'agent, il ne semble pas que ce procédé puisse être assimilé à la libération des apports en faveur d'une société mais qu'il se présente au contraire comme une simple modalité de coopération et d'organisation.

206. Par ailleurs, la clause dite d'absence de solidarité libère les autres banques des conséquences relatives à la défaillance de l'une d'elle. Ce principe est donc également contraire à l'existence de liens rapprochés entre les membres et, par la même, de l'existence d'un quelconque affectio societatis entre eux. En effet selon ces auteurs chaque relation s'apprécie individuellement, les banques évaluent séparément les risques encourus et seront amenées à renégocier avec l'emprunteur si des modifications apparaissent. L'objectif de chacune étant de recouvrer sa part de capital et de percevoir les intérêts y afférents.

207. D'autre part la notion de partage des bénéfices semble inappropriée en l'espèce car les sommes remboursées par l'emprunteur à travers le compte commun ne constituent pas un supplément de gain comme peuvent l'être les bénéfices. Ces sommes calculées et connues par avance, par chacune des banques leur seront réparties au prorata de leur participation. C'est notamment pourquoi monsieur TERRAY qualifie ce solde de " chiffre d'affaires " et non de bénéfices. Melle BOURETZ précise pour sa part qu'il ne peut pas y avoir à proprement parlé de partage mais plutôt " l'exercice conjoint du droit aux intérêts vis-à-vis du débiteur " ²⁰⁰.

208. Pour ce qui est du recours à la règle de la majorité, il semblerait que cette dernière ne soit pas déterminante car elle ne vise pas les décisions portant atteinte à l'intégrité des droits de chacun. Elle n'a pour but que de faciliter l'organisation des fonctions exercées par l'agent, permettant simplement une meilleure coordination des relations.

209. Nous nous accordons parfaitement avec ce courant de pensée ; et il est à, notre sens, difficilement possible de percevoir dans ce procédé l'existence d'une véritable communauté d'intérêt entre les membres, si ce n'est que dans le mode d'organisation de l'opération.

210. Les banques ne décident pas elles même d'agir ensemble, elles ne se choisissent pas, elles élaborent séparément les modalités de réalisation de leur part dans le crédit et prévoient individuellement la rentabilité attendue.

La qualification de société en participation imposerait par ailleurs aux membres du syndicat d'être régis par les règles relatives aux sociétés en nom collectif, ce qui les obligerait, contrairement au principe de non solidarité précité, de répondre indéfiniment et solidairement des dettes sociales, alors que la finalité recherchée par les banques en est tout autre.

²⁰⁰ BOURETZ, crédits syndiqués : transfert et partage du risque entre banques, édition 2005

b-Une tentative d'analyse nuancée

211. Pour certains auteurs, cette dualité de qualification peut être réunie. Ainsi Monsieur STORCK²⁰¹, dans son analyse de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la cour de cassation le 27 mars 2001, précise que la société en participation est un contrat et qu'il serait donc plus judicieux d'utiliser l'expression de " contrat de société en participation ". Malgré cette appellation il reste favorable à une qualification exclusivement contractuelle. En effet, contrairement aux auteurs précédents, ce dernier, ne rejette pas la qualification sociétaire dans sa globalité mais introduit une certaine nuance. Selon lui la qualification devant être retenue s'analyse en fonction de l'existence ou non d'un mandat accordé à l'arrangeur. La jurisprudence se devant d'appréhender son analyse en fonction de chaque cas d'espèce.

212. Ce raisonnement est le même que celui suivi par Mademoiselle ZEIN pourtant partisane, d'une façon générale de la création d'une société en participation entre les banques. A travers sa thèse « les pools bancaires » 1998, elle démontre de manière très pertinente qu'une distinction doit être opérée au sein des pools bancaires révélés entre les pools dits d'engagement et les pools dits de concertation.

213. En l'absence d'une telle distinction, jamais opérée par la jurisprudence ni la doctrine Melle ZEIN a tenté de systématiser au mieux la nature juridique des pools révélés. Ainsi, elle définit les pools d'engagement comme " ceux dans lesquels l'agent est mandataire des banques participantes dans leurs relations avec l'emprunteur, il peut donc engager ses mandantes ". Selon son analyse tous les éléments du contrat de société sont présents, une mise en commun des apports est effectuée même en l'absence de personnalité morale. La seule conséquence étant le non transfert de propriété au profit de l'arrangeur, simple teneur d'un compte qu'elle nomme " compte de passage " n'excluant nullement la mise en commun des apports. Elle reconnaît donc un véritable partage des bénéfices par l'intermédiaire de ce compte mais également par une interprétation extensive de la notion de bénéfices (tout avantage patrimonial recherché par les associés). L'affectio societatis est selon elle exprimé, entre autre, à travers la clause majoritaire reflétant parfaitement l'expression de la volonté commune.

²⁰¹ STORCK, contraintes découlant pour les parties à un pool bancaire de la qualification de société en participation, JCP E n° 42, 18 octobre 2001

214. Si le pool d'engagement est donc assimilable à une société en participation, Melle ZEIN le qualifie plutôt de société créée de fait, leur régime juridique étant identique. Cependant à l'inverse, les pools révélés de concertation ne peuvent donc être qualifiés de société en l'absence de mandat confié à l'arrangeur, " ce dernier n'ayant alors pour rôle que de coordonner la politique de crédit des banques à l'égard de leur client commun ". Elle leur reconnaît donc une qualification contractuelle.

215. Malgré cette vision très structurée des pools bancaires, nous remarquons que deux éléments du contrat de société font le plus souvent défaut, c'est-à-dire la mise en commun d'apports et l'affectio societatis. Le partage des bénéfices pouvant être admis dans une plus large mesure puisqu'il existe bien une répartition proportionnelle alors même qu'il ne s'agisse pas de bénéfices.

215. Comme nous l'avons précisé auparavant l'intérêt des banques est, avant toute organisation commune, un intérêt purement individuel.

L'existence ou non d'un mandat explicitement accordé à l'arrangeur n'est pas à notre sens un élément déterminant de la qualification, il ne fait qu'accentuer la responsabilité de ce dernier dans son rôle d'intermédiaire d'organe de gestion, plus directement qualifié de " secrétaire " du groupement par Melle BOURETZ²⁰².

216. De plus, le mandat ne semble avoir aucun réel impact sur la qualification du pool car même en l'absence de stipulation particulière le chef de file dispose néanmoins d'un mandat de gestion.

217. Le développement de la pratique contractuelle dans l'élaboration de telle opération de crédit semble donc plus proche de la réalité économique et de ses besoins constants d'adaptation.

Sous paragraphe II – Le fonctionnement du syndicat bancaire

218. Le fonctionnement du syndicat bancaire est assuré par deux organes : la banque agent d'exécution (A) et les banques participants (B).

²⁰² BOURETZ, L'explosion en France des crédits syndiqués pourrait renforcer la compétitivité juridique de la Place de Paris, petites affiches 3 août 2005 n°153 p.3

A – La banque agent d'exécution

219. La banque agent est généralement l'une des banques membres du syndicat²⁰³. Il a pour rôle fondamental de gérer le prêt. Elle joue un rôle prépondérant tout au long de la vie du prêt et peut engager sa responsabilité pour fait fautif de sa part à l'égard des banques participantes ou de la société de projet.

1) Le rôle de la banque agent d'exécution

220. La mission de la banque agent est généralement précisée dans le contrat de prêt conclu entre le syndicat et la société de projet. Ce contrat opère une délégation de mission ou de compétence à l'agent.

2- Les fonctions de la banque agent

221. L'agent, dans le cadre des prêts syndiqués, joue deux rôles : l'orientation des paiements et la protection des autres banques participantes. L'orientation des paiements constitue un aspect important de ses fonctions²⁰⁴. Ces paiements proviennent de la participation des banques participantes et les remboursements effectués par société de projet par rapport à ce dernier, la banque se chargera de sa répartition entre les différentes banques intervenant. Relativement à la participation de chaque banque du syndicat, la société de projet adresse à l'agent une notice de tirage. La banque agent transmet celle-ci aux banques tout en vérifiant si les conditions exigées par les banques sont remplies. Elles exigent généralement un certain nombre de documents : juridiques, fiscaux et administratives²⁰⁵. A la fourniture de ces documents, la banque agent met à la disposition de la société de projet le montant requis. Dans la pratique, lorsque l'agent reçoit la demande de fonds de la part de la société de projet, il la transmet aux banques participantes membres du syndicat qui versent chacune leur part sur un compte ouvert à cet effet par l'agent²⁰⁶. Il met alors ces fonds à la disposition de la société de projet. La protection des banques participantes se traduit par la prise des garanties

²⁰³ A l'image du directeur d'une société anonyme qui peut être membre du conseil d'administration.

²⁰⁴ William C. Tompsett, *Interbank Relations in loans participation agreement from structure to work out*. The *Banking Law Journal* V. 101, 1984 p. 33.

²⁰⁵ Pour les documents juridiques, il est demandé que la société de projet présente la décision d'emprunter prise par son conseil d'administration. Ce document justifie les pouvoirs du signataire. Les documents fiscaux permettent la soumission de l'opération à un régime privilégié compatible avec les conditions du marché. Les documents administratifs sont nécessaires au transfert de devise.

²⁰⁶ Marc Bellis, *La gestion du crédit consorsial*, in *Les Euro-crédits* (Tours) 1982, p. 205

par l'agent. Généralement, cette garantie s'exprime sous la forme de clauses continues dans le contrat de prêt syndiqué ou encore de sûretés sont parfois imposées par les prêteurs. La protection des banques participantes se traduit également par le rapport de la régularité de la construction de la société concessionnaire, le contrôle de la capacité juridique des signataires du contrat de prêt, l'obtention des autorisations administratives indispensables à la construction et à l'exploitation du projet, l'assurance d'une rentabilité suffisante pour le remboursement du prêt, de l'exactitude²⁰⁷ des informations fournies aux banques participantes. La société de projet doit, tout particulièrement, s'engager à ce que les banques syndiquées viennent au même rang que les autres créanciers chirographaires. Ainsi, par la clause « *pari passu* », elle fait bénéficier les banques prêteuses de toutes les garanties ou sûretés susceptibles d'être accordées aux autres prêteurs.

222. La clause *pari passu* prévoit que les dettes des banques membres du syndicat vis-à-vis de l'emprunteur occupent le même rang que celles antérieurement contractées. Il est à préciser que cette clause n'a d'effet que sur les dettes de l'emprunteur qui ne sont pas dotées d'une sûreté et qu'elle se limite aux obligations de la société emprunteuse résultant d'autres emprunts²⁰⁸. Cette clause présente un grand intérêt pour les banques prêteuses surtout lorsque l'emprunteur est mis en faillite. Les banques prêteuses se trouveront au même rang que les autres créanciers chirographaires dans la masse à partager²⁰⁹.

223. A côté de la clause *pari passu*, les parties prévoient également la clause *negative pledge*. Par cette dernière, « l'emprunteur s'engage ne pas permettre ou à ne pas créer une sûreté ou un privilège quelconque sur l'un de ses actifs pour garantir toute autre de ses obligations à moins que le bénéfice d'un tel privilège ou d'une telle sûreté ne soit au même moment étendu de manière égale et proportionnelle aux banques parties à la convention de crédit.²¹⁰ »

224. Cette clause crée une obligation de même fonction que celle *pari passu* à la différence que l'obligation *negative pledge* concerne le futur alors que celle de *pari passu* concerne le passé. En d'autres termes, la première clause se rapporte aux sûretés que la société de projet aura accordées sur ces actifs et ses droits, tandis que la deuxième concerne

²⁰⁷ Généralement, des clauses de protection sont stipulées dans le contrat de financement pour s'assurer de la bonne situation financière de l'emprunteur. V. Thierry Brocas, Les clauses de protection liées à la situation de l'emprunteur, in Les Euro-crédits, *idem*

²⁰⁸ Cette clause se réfère à la situation existante au moment de la signature du contrat de prêt et à la situation qui devra durant la vie du prêt.

²⁰⁹ Voir Yves Guyon, Droit des affaires. Entreprise en difficulté. Redressement judiciaire et faillite, Tome 2 5^e Ed. 1996

²¹⁰ Thierry Brocas, *op. cit.* 1981, p. 130.

les sûretés qu'elle a déjà accordées à ses créanciers²¹¹. La clause *negative pledge* crée une obligation de ne pas faire au bénéfice des banques du syndicat²¹². La violation par la société de projet donne droit à des dommages et intérêts aux banques. C'est la substance de l'article 1142 code civil français « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. » Sur ce fondement juridique, les banques pourront, par action paulienne, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits²¹³. Ce moyen de défense permet aux banques d'éviter la nullité, du contrat de prêt mais de demander l'obligation ainsi créée sans effet à leur égard. Toutefois, l'obligation *negative pledge* souffre d'exceptions relatives aux sûretés résultant des privilèges légaux, notamment fiscaux.

225. Une dernière clause permet de protéger les banques prêteuses en cas de faillite de la société de projet. En effet, il est stipulé dans le contrat de prêt que celle-ci reçoit les fonds prêtés en qualité de *trustee*. Selon la technique du *trust*, les fonds ne seront pas mêlés au patrimoine de la société de projet de telle sorte qu'en cas de faillite les banques puissent se faire restituer les fonds prêtés sans subir le concours d'autres créanciers de la société de projet.

a) La nature des fonctions de la banque agent

226. La doctrine est unanime pour qualifier l'agent, chef de file des banques, de mandataire des banques membres du syndicat²¹⁴. La mission de l'agent ne se limite pas à l'accomplissement des tâches purement matérielles mais s'étend à des actes juridiques qu'il peut accomplir au nom et pour le compte des banques. Il s'agit toutefois, d'un mandat spécial se limitant à l'exécution du contrat de prêt. Il convient de préciser que l'agent n'est garant ni des banques ni de la société de projet. Il n'est donc nullement responsable de l'inexécution incombant aux banques de leurs obligations nées du contrat de prêt. Il ne garantit pas la

²¹¹ D'après Thierry Brocas, cette obligation n'a d'effet que sur les sûretés réelles. Il estime, d'ailleurs que ces promesses devraient être considérées comme une violation de la clause parce qu'elles sont contraires à l'intention des parties. Th. Brocas op. cit. 1981, p. 132.

²¹² Dans ce sens, Anne Meinertzhagen-Lupens, Les engagements de ne pas faire en matière de crédit, RDAI n°7, pp.675 et S.

²¹³ Selon l'article 1167 c.civ., « Tout créancier dont le droit est exigible peut demander que l'acte juridique accompli par le débiteur au préjudice de ses droits soit déclaré sans effet à son égard pourvu que cet acte soit en diminuant ses biens soit en augmentant ses obligations, ait déterminé ou aggravé son insolvabilité et que les conditions prévues à l'article suivant soient réunies »

²¹⁴ J. B. Blaise et Fouchard op ; cit. 1981, p. 194

solvabilité des banques à l'égard de la société de projet²¹⁵. Ainsi, l'agent n'est pas tenu de supporter ou de remédier à la défaillance d'une quelconque banque membre du syndicat. Il en est de même en cas de non remboursement du prêt par la société de projet emprunteuse²¹⁶.

b) La responsabilité de la banque

227. En tant que banque chef de file, la responsabilité de l'agent peut être engagée à l'égard de la société concessionnaire et à l'égard des banques participantes. Tout d'abord, il est à rappeler que la banque agent est, avant tout, un membre du syndicat de prêt sur le fondement de ce statut, elle doit mettre sa part du prêt à la disposition de la société de projet. Elle engagera sa responsabilité contractuelle, en cas de défaillance en tant que membre et non en sa qualité d'agent. La relation entre la banque agent et la société de projet est caractérisée par l'absence de liens contractuelle. C'est pourquoi, sa responsabilité, dans cette relation, est quasi-délictuelle²¹⁷. En second lieu, la responsabilité de l'agent à l'égard des banques est une responsabilité contractuelle dont la mise en jeu impose aux banques la preuve de l'existence des contrats de mandat, de la faute, du préjudice et d'un lien de causalité. Dans la pratique, le contrat de prêt peut dégager, par des clauses, l'agent de toute responsabilité. La validité de ces clauses ne pose aucun problème en droit franco-africain ; à moins qu'il ne soit prouvé des fraudes ou de dol²¹⁸. Les clauses litigieuses encourent l'annulation. Il en sera ainsi des clauses qui dégagent la responsabilité de l'agent de sa faute lourde ou de dol (Voir l'article 1892 c.civ. Français ou art.525 du COCC sénégalais)

B – Les autres banques participantes

228. Fondamentalement, l'exécution du prêt consorcial relève de la compétence des banques participantes. Cette exécution peut connaître de certains incidents plus ou moins graves. Il convient alors d'aborder cette exécution en temps normal et en temps de crise.

²¹⁵ M. Elland-Goldsmith. op. cit. 1981, p. 136

²¹⁶ Y. Zcin, op. cit. 1998, p. 134.

²¹⁷ La mise en œuvre de cette responsabilité suppose l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. On cite, entre autre fautes, que l'agent peut commettre : le retard dans le virement à la société de projet des paiements reçus des banques du syndicat, le retard dans la répartition aux banques des sommes remboursées par la société de projet dans le compte de l'agent, le retard dans l'information de la société de projet de la décision prise par les banques en cas de survenance d'une difficulté en cours de fonctionnement du syndicat, la mauvaise appréciation ou la précipitation à déclarer l'exigibilité anticipée du prêt sans qu'il s'assure de la survenance d'un cas de déchéance du terme, etc.

²¹⁸ Blaise et Fouchard, op. cit. 1981, p. 202.

1) L'exécution normale du contrat de prêt

229. Le rôle des banques dans l'exécution du contrat de prêt doit être envisagé dans leurs rapports avec la société de projet et dans leurs rapports entre elles.

a) Les relations des banques avec la société de projet

230. Ces rapports font naître des obligations et des droits à leur égard. Chaque banque s'engage à mettre à la disposition de la société de projet le montant convenu dans le contrat de prêt. Chaque banque est responsable envers la société de projet des versements de sa part en cas de défaillance de l'une d'elles, les autres banques ne sont pas tenues de la remplacer en versant sa part. La doctrine est unanime sur l'absence de solidarité entre les banques membres du syndicat²¹⁹. Les obligations des banques sont des obligations conjointes. Il ne peut être réclamé à chaque banque que le montant exact promis dans le contrat de prêt²²⁰.

231. Dans la pratique, le risque de défaillance d'un membre de pool bancaire est remédié par une clause permettant à une banque qui se retrouverait dans l'impossibilité de verser sa part de céder ses droits et obligations à une autre banque²²¹. Au cas où le contrat de prêt donne lieu à des tirages successifs, on applique la règle de la proportionnalité ; chaque banque est obligée de verser le montant correspondant à la proportion de sa part dans le montant total du prêt. L'obligation des banques d'exécuter leur engagement peut être atténuée par certaines circonstances nouvelles – telle qu'une nouvelle législation ou réglementation impérative. Dans ces cas, les contrats de prêt syndiqué prévoient qu'« au cas où une nouvelle disposition législative ou règlement applicable ou à l'interprétation qui en est faite par toute autorité compétente chargée de leur application rendrait illégale l'une quelconque des banques, le maintien ou la mise en application de ses applications. »

232. Les banques ne sont pas tenues de l'exécution de leurs obligations en cas de force majeure. En contrepartie de la mise à disposition de la société concessionnaire, les banques jouissent d'un certain nombre de droit dont le principal est le droit au remboursement du principal majoré des intérêts, des soumissions, des frais, coûts et pénalités éventuelles²²².

Dans le cadre du financement de projet CET, les modalités, de remboursement des banques dépendent du cash flow du projet, ce qui permet déjà aux banques de le copter à sa source en établissant un droit de priorité de remboursement. En outre, si l'une des banques reçoit un

²¹⁹ Voir Pierre Goldite, L'emprunt français et les Euro-crédits. L'Exemple EDF, in les Euro-crédits (Dijon), 1981, p. 75 ; André Jaquemont, Le contrat d'Euro-crédit : un contrat à contenu variable, JDI n° 1, 1979, p. 68.

²²⁰ Christian Larroumet, Droit civil T3, les obligations, le contrat, 3^{ème} édition, Economica, pp.71 et 72.

²²¹ Dans ce cas le cédant est tenu de le notifier à l'agent et à la société de projet.

²²² J. P. Matout, op. cit., 1996, p. 128.

montant supérieur à la proportion de sa part dans le remboursement, toute compensation entre ce surplus et la créance relative aux opérations ayant déjà eu lieu, la compensation dépendra du contrat de prêt. Si le contrat de prêt l'interdit, la banque bénéficiaire du surplus devra reverser à l'agent ce surplus du montant. Le code civil français interdit la coopération si celle-ci porte préjudice à des tiers. L'article 1292 du code civil prévoit en effet, que « la compensation n'a pas lieu au préjudice de droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant opposer la compensation. ». Quant à l'exigibilité anticipée du prêt, elle peut résulter de la volonté de la société de projet ou qu'elle lui est imposée. Dans la première hypothèse, la solution découle de la clause contractuelle permettant à la société de projet de rembourser de façon anticipée le prêt²²³.

Dans la deuxième hypothèse, le remboursement anticipé sera exigé à la société de projet à la réalisation, la mise en œuvre de procédures collectives ou en cas de violation de défaut d'exécution de ses engagements²²⁴.

b) Les relations entre les banques

234. La relation entre les banques est fondée sur la bonne foi²²⁵ exigeant des banques coopération et information. En effet, il est nécessaire que les relations entre les banques participantes soient organisées. Le but de cette organisation est de garantir l'indépendance de chacune d'elles et une bonne gestion du prêt. De cette obligation de bonne foi, découlent un certain nombre de devoirs. En premier lieu, les banques doivent coopérer entre elles pour réaliser l'objet du contrat. Ainsi, chaque banque devra se garder de tout comportement préjudiciable aux intérêts des autres banques²²⁶.

235. En second lieu, les banques doivent s'informer les unes les autres de tous événements qui surviendraient en cours d'exécution du contrat de prêt.

²²³ Ce remboursement anticipé permet la réduction du montant des intérêts.

²²⁴ On peut ajouter le retrait des autorisations données en vue du crédit ou de la garantie, le changement de nature juridique de la condition financière ; le statut, les activités, les biens de la société de projet et ayant pour conséquences de mettre fin à l'exploitation du projet.

²²⁵ L'obligation contractuelle de bonne foi a été consacrée par l'article 1134.

²²⁶ La coopération n'empêche pas l'une des banques d'entreprendre la poursuite de ses propres intérêts et droits auprès de la société de projet après avoir averti les autres.

2) L'exécution du contrat de prêt en temps de crise

236. L'exécution du contrat de prêt peut être perturbée par certaines circonstances exceptionnelles. Les règles applicables en la matière, changeraient les banques minoritaires et des banques majoritaires.

a) Les banques minoritaires

237. Lorsqu'une décision nécessite un vote majoritaire, les banques minoritaires disposent de deux droits : d'une part, le droit d'adopter une attitude différente de celle imposée par la décision et fondée sur le lien contractuel direct avec la société de projet. D'autre part, chaque banque membre de la minorité peut quitter le syndicat si elle est en discordance avec la décision prise par la majorité²²⁷. Selon Mr. Trevor BROWN, « si une banque n'était pas d'accord avec les autres pour modifier le contrat de prêt dans un sens non prévu contractuellement entre les banques, ce contrat étant soumis à la règle de la majorité entre les banques (...), elle conserverait théoriquement sa liberté envers l'emprunteur. Si, en conséquence, la majorité des banques était d'accord pour négocier le prêt en modifiant l'échéance, le taux d'intérêt, la devise ou d'autres éléments importants de celui-ci, cette banque pourrait exiger que sa part du prêt augmentée des frais, commissions et accessoires, soit remboursée »²²⁸.

238. Si les banques minoritaires n'ont pas la possibilité de bloquer les décisions nécessitant un vote majoritaire, elles peuvent, par contre, empêcher la prise d'une décision nécessitant un vote à l'unanimité²²⁹.

b) Le rôle des banques majoritaires

239. Le rôle des banques majoritaires varie selon qu'il y a survenance d'un cas d'exigibilité anticipée ou la nécessité de modifier la base de calcul des intérêts. En cas de déchéance du terme, la majorité des contrats de prêt syndiqué confère un rôle à la majorité des banques. Ce rôle peut varier. En effet, son étendue peut être limitée à examiner si tel ou tel

²²⁷ Il peut s'agir de la modification de la loi applicable au contrat et qui pourrait augmenter ou diminuer les droits et obligations des parties.

²²⁸ Trevor BROWN, Les groupements interbancaires, op. cit. 1982, p. 179.)

²²⁹ Sont soumises au vote unanime les décisions graves telle que la modification du contrat de prêt, de la base des calculs des intérêts.

événement est constitutif de cas d'exigibilité anticipée. Le rôle des banques majoritaires est d'apprécier également la capacité de la société de projet à remédier à l'évènement perturbant. En cas de modification de la base de calcul des intérêts, les banques majoritaires doivent juger de l'opportunité de la modification.

240. En définitive, il appartient aux banques majoritaires de contrôler le degré de respect de ses engagements par la société de projet²³⁰.

Au-delà, ces participations sont soutenues par le financement d'organismes internationaux.

Paragraphe II : Les prêts des organismes internationaux.

241. L'utilisation des prêts bancaires dans le financement de projet CET est limitée en raison de leur nature de leur durée et de leur coût élevé. Or, l'exécution et l'exploitation des projets CET nécessitent des besoins de prêts à long terme et moins coûteux. C'est pourquoi, les promoteurs recourent, généralement à des organismes internationaux recherchant la viabilité économique du projet (I) de et certains établissements de crédit à l'exploitation (II).

Sous paragraphe 1 – La recherche de la viabilité économique

242. Les organismes internationaux jouent un rôle financier très important dans le financement du projet CET²³¹. Toutefois, les prêts accordés par ces organismes ont un caractère subsidiaire par rapport aux prêts syndiqués. Ces organismes portent un intérêt particulier à la viabilité économique du projet c'est-à-dire la plus value que le projet apporte à l'économie du pays d'accueil alors que les banques commerciales s'intéressent sa viabilité financière.

243. Il apparaît que les organismes internationaux interviennent dans les pays en développement à travers les engagements souscrits préalablement au profit du pays d'accueil du projet. Il convient alors d'appréhender la logique de ces prêts dans le cadre du financement de projet CET avant d'envisager les divers types d'organismes qui accordent ces prêts.

²³⁰ Il s'agit notamment de sûretés négatives par lesquelles les banques prêteuses essayent d'éviter le concours des autres créanciers en cas de mise en faillite de la société de projet ; ainsi que la vérification de certains documents requis prouvant l'affectation du prêt au financement du projet.

²³¹ CNUDCI, Draft chapters of legislative guide on privately financed infrastructure project. Chapter 2, parties and phase of privately financed infrastructure project A/CN.9/438/ADD2, 1996, p. 6, UNIDO BOT Guide line, pp. 189 et 190.

A – La logique de l'intervention des organismes internationaux

1) Les raisons du recours aux prêts accordés par les organismes internationaux

244. Le recours aux seuls crédits syndiqués ne paraît pas suffisant à double titre. En particulier, le taux d'intérêt de ces prêts est très élevé au point où il absorbe une part considérable des plus-values réalisables par la société de projet.

En plus, les prêts syndiqués sont de courte durée par rapport à la durée d'exécution et d'exploitation du projet²³². Cette courte durée résulte du fait que les banques membres du syndicat comptent réaliser une marge bénéficiaire considérable entre les intérêts que la société que la société de projet paie et les intérêts que les banques versent sur les dépôts²³³ mais aussi en tenant compte des contraintes du marché financier²³⁴. Enfin, relativement au montant, les banques syndiquées ne veulent ou ne peuvent mettre à la disposition de la société de projet la totalité des sommes demandées eu égard aux risques inhérents à la réalisation du projet²³⁵ et pouvant compromettre le remboursement des sommes prêtées.

Les institutions financières internationales comblent, pour ces raisons, les lacunes et inconvénients des prêts syndiqués. Les prêts des organismes internationaux n'ont pas pour objectif de réaliser une grande part de bénéfices sur la société de projet. C'est ce qui justifie le faible taux d'intérêt²³⁶ et les modalités de remboursement de ces prêts²³⁷. Il convient de signaler que la participation des organismes internationaux dans le financement des projets CET met la société de projet à l'abri²³⁸ de mesures²³⁹ susceptibles d'être prises par les autorités des pays d'accueil et pouvant porter atteinte aux droits des intervenants dans le projet. En effet, ces organismes peuvent user des moyens de pression sur les autorités

²³² La durée des projets CET peut s'étaler sur 20 à 25 ans voir 30 ans alors que les prêts syndiqués ne dépassent pas 8 ans.

²³³ Cela paraît évident en raison du but lucratif visé par ces banques.

²³⁴ Cyril Sandou. *La technique du financement de projet est-elle un mode ou un instrument financier approprié à la réalisation de grands projets dans les pays industriels, voire un support au redressement économique des pays en développement ?* DESS de commerce extérieur, Paris 2, 1994, p. 51.

²³⁵ Il s'agit des risques de non convertibilité, de risques politiques entre autre.

²³⁶ François Loinbard, *Le financement des investissements dans les pays en développement. L'expérience de la société financière internationale*, banque n° 380, 1979, p. 81 ; Jean Touscoz, *Coopération industrielle et co financement internationaux (considération théorique et méthodologique)* RDAI n° 7, 1986, p. 664.

²³⁷ Les prêts des organismes internationaux sont soumis à des règles générales des prêts classiques. Ils sont, en effet, rémunérés par un taux d'intérêts et remboursables à date fixe.

²³⁸ Ces institutions disposent, en effet, de possibilité de sanctions (accorder ou suspendre des prêts qu'elles entendent accorder) Voir à ce sujet, Loinbard F ; *Risques et garanties des financements internationaux de projets dans les pays en voie de développement*, Banque, n° 528, p. 564 ; J. Touscoz, op. cit. p. 661.

²³⁹ Il s'agit de la nationalisation, de l'expropriation

publiques locales et les institutions monétaires afin de dispenser les promoteurs de souscrire les polices d'assurances et de l'ouverture de comptes off shore pour le versement des flux financiers du projet. Aussi la participation de l'une des institutions de la banque mondiale procure-t-elle une garantie supplémentaire aux investisseurs privés²⁴⁰. Implicitement, les investisseurs profitent de la relation entre la banque mondiale et les gouvernements des pays d'accueil des projets. En effet, les institutions internationales apportent aux prêteurs privés la *political umbrella*, c'est-à-dire la couverture politique. Enfin, grâce à la participation des institutions financières internationales dans le financement des projets CET, les dettes dues à ces institutions sont exclues des accords généraux de conversion des dettes²⁴¹ et des procédures de rééchelonnement²⁴².

2) La nature de la participation des institutions financières internationales

245. Elles interviennent dans le financement sous deux formes : le cofinancement et les garanties. Ces organismes adoptent l'une ou l'autre de ces formes en tenant que de la nature et des inquiétudes des autres banques commerciales prêteuses.

a) Le cofinancement

246. Le cofinancement est une formule très utilisée dans les projets internationaux²⁴³. Il y a cofinancement lorsqu'une ou plusieurs institutions financières s'associent à des banques ou des organismes de financement privés. Cette technique permet aux organismes internationaux d'entretenir avec les banques prêteuses une double relation de parrainage et de partenariat²⁴⁴. Le partenariat incite les banques prêteuses à participer au financement du projet CET. Il comporte des aspects techniques et moraux voire politique²⁴⁵.

²⁴⁰ Bernard Du Marais, La délégation de services publics au service du développement, expérience et approche de la banque mondiale, in la gestion déléguée du service public. Colloque des 14 et 15 novembre 1996 au SENAT organisé par l'Institut Français des Sciences Administratives. RFD adm. N° 3, 1997, p. 107.

²⁴¹ Yves Franchet, Méthodes d'évaluation de la Banque mondiale pour le financement des projets de développement, banque 1981, n° 406, p. 596.

²⁴² Sont également exclus des procédures de rééchelonnement les dettes résultant des crédits exports, celles à très court terme et les dettes obligataires. V. Dominique Carreau, Le rééchelonnement de la dette extérieure des Etats, JDI, 1985, p. 5.

²⁴³ M. F. Baud, Co financement : regain de vigueur, Moci, n° 691, 1985, pp. 23 et suivants.

²⁴⁴ Jean Touscoz, op. cit., p. 662.

²⁴⁵ Selon Touscoz, « l'institution multilatérale apportant le poids de son autorité, de son crédit voire même de capacité de rétorsions directes ou indirectes » cf. Touscoz, op. cit. p.661

Ce parrainage induit forcément, et particulièrement dans le financement de projet CET, un partenariat entre ces institutions financières internationales et les banques du syndicat.

Par ce partenariat, les parties conviennent d'échanger les informations sur les événements pouvant mettre en cause l'exécution du prêt²⁴⁶.

b) Les garanties

247. Les garanties constituent le second moyen d'intervention des organismes internationaux. Dans cette optique, le groupe de la banque mondiale a mis sur pied un mécanisme multilatéral de garantie : l'agence multilatérale de Garantie des investissements (AMGI). Cet organisme permet aux investisseurs étrangers directs de s'assurer financièrement contre les risques non commerciaux²⁴⁷. En dehors de l'AMGI, il existe aussi l'*Overseas Private Investment Corporation (OPIC)*. C'est un organisme américain créé par le *Foreign Assistance Act de 1969*. Il a pour but de promouvoir la croissance économique dans les pays en développement.

248. Les garanties apportées par ces organismes ont fondamentalement pour objectif de protéger la société de projet contre les risques inhérents à la réalisation du projet CET. Ils peuvent ainsi fournir des prestations de conseils comme la société financière internationale (SFI).

B – Quelques organismes internationaux de financement de projets

249. Les prêts accordés par ces organismes internationaux se révèlent comme une source non moins importante dans le financement des grands projets. Leur rôle s'est accru avec l'effondrement du bloc de l'Est. Ces organismes sont nombreux et de nature variée.

250. Nous nous contenterons d'évoquer de façon non exhaustive les plus actifs dans le financement de projet CET. Il s'agit de la banque mondiale et ses institutions, de la banque africaine de développement, de la banque ouest africaine pour le développement, de la banque d'investissement et de développement de la CEDEAO, des Banques islamiques.

²⁴⁶ Toutefois, le partenariat ne suppose pas que les parties bailleuses de fonds passent un seul contrat de prêt avec la société de projet. Deux contrats distincts sont conclus séparément par les institutions internationales et la société d'une part et les banques du syndicat et la société de projet d'autre part : même si ces deux contrats comportent une clause de cross-default.

²⁴⁷ Tels que l'exportation, la non convertibilité. Cf. Patrice Fontaine, *Gestion financière internationale*, Dalloz, 1997, p.53.

1) La banque mondiale et ses institutions.

251. Dans le cadre du Groupe de la Banque mondiale, les institutions les plus actives sont la banque internationale pour la reconstitution et le développement (BIRD) et la société financière internationale- (SFI).

252. Nous aborderons ces institutions en nous contentant d'appréhender les conditions de l'octroi de leurs prêts.

a) La BIRD

252. Elle octroie des prêts pour les investissements spécifiques dont les objectifs sont la création d'infrastructures économiques et sociales, les prêts aux opérations sectorielles²⁴⁸, les prêts d'assistance technique²⁴⁹, les prêts de reconstitution d'urgence²⁵⁰ et les prêts d'ajustement structurel²⁵¹. Ces prêts sont accordés aux Etats membres et aux entreprises industrielles ou agricoles établies sur leur territoire sous réserve des conditions suivantes²⁵² : les prêts doivent être sollicités par l'Etat ou la Banque centrale du territoire sur lequel le projet se déroule (ils garantissent le remboursement intégral du principal et le service des intérêts et charges afférentes au prêt) ; lorsque l'emprunteur ne peut obtenir de prêt auprès d'autres organismes et dans des conditions raisonnables déterminées par la banque. L'octroi de prêt par la BIRD est précédé d'étude approfondie du projet et de la capacité de l'emprunteur à faire face aux obligations afférentes à ce prêt.

b) La société financière internationale²⁵³ (SFI)

254. Créée en 1956 par les Etats de la Banque mondiale, la SFI aide le secteur privé dans les pays en développement. Elle vise à inciter l'apport de capitaux privés à des entreprises

²⁴⁸ Ce sont les prêts sectoriels d'investissement et de maintenance et des prêts à des intermédiaires financiers. Voir Louis Sabourin, Organismes économiques internationaux : la documentation française, 1994.

²⁴⁹ Ils permettent le renforcement des institutions locales.

²⁵⁰ Ces prêts sont destinés à rétablir les infrastructures productives ou sociales touchées par une catastrophe

²⁵¹ Ces prêts participent à rééquilibrer la balance des paiements des pays bénéficiaires par le financement de leurs achats à l'étranger dans le cadre de réformes macro-économiques.

²⁵² Consulter les statuts de la BIRD, l'article III des dispositions générales relatives aux prêts et garanties.

²⁵³ André BRABANT, Les marchés publics et privés dans l'UE et outre-mer BRYLANT Bruxelles T. II, 1996. p. 184.

productives²⁵⁴. La SFI participe dans le financement de projets CET sous diverses formes. Elle peut participer au capital de la société de projet²⁵⁵. La participation est souvent limitée à 15% du coût total du projet²⁵⁶. La SFI intervient également sous la forme d'investissement en prêts. Ces prêts, dans le cadre de projets CET sont structurés en deux tranches²⁵⁷ : un prêt A (*A-Loans*) mis à la disposition de la société de projet et un prêt B (*B-Loans*) accordé à la société de projet par le syndicat bancaire. Le *B-Loans* ne bénéficie pas de garanties de la SFI. Elle apporte une garantie morale rendant ainsi le projet plus éligible à l'égard des banques membres du syndicat. MM. M. Corchia et M. BENICHO²⁵⁸ soulignent que l'intervention de la SFI constitue pour les banques prêteuses un confort psychologique qui sera complétée par l'autorisation de ne pas provisionner accordée aux banques participantes d'un *B-Loan*. La SFI peut aussi apporter son expertise technique sous forme de conseils.

255. En définitive, l'intervention de la SFI a pour objectif de promouvoir l'apport de capitaux privés. Les prêts profitent au secteur privé. Les sociétés ou entreprises publiques ou semi-publique en sont exclus. Aussi, elle n'exerce pas de droits de vote au sein de l'assemblée générale de la société de projet. Pendant la négociation du contrat de prêt avec la société de projet, la SFI obéit à la culture juridique anglo-saxonne²⁵⁹.

256. Il apparaît alors que la SFI s'impose aussi comme un soutien financier non négligeable²⁶⁰. Elle encourage la participation du privé, directement ou indirectement, d'une part en organisant des syndicats de prêt et des émissions de titres et d'autre part en incitant les investisseurs à fournir de financement parallèle. Elle a mis en place un système original de garantie. Le *Guaranteed Recovery of Investment Principal*²⁶¹ (GRIP). Grâce à ce mécanisme de garantie, l'investisseur part alors émettre des certificats d'investissement en échange de

²⁵⁴ En matière de projet de construction et d'exploitation elle a financé une centrale électrique et de télécommunication aux Philippines. Voir Bernard du MARAIS, op. cit. p. 33.

²⁵⁵ AUGENBLIER Mark and CUSTER Scott. The Build operate Transfer (BOT) approach Bank Working papers series 498, 1990, p. 46

²⁵⁶ Rarement, la SFI accepte d'être l'actionnaire principal d'une entreprise. Voir François LOMBARD, op. cit. Banque n° 880, 1979, p. 41.

²⁵⁷ UNIDO BOT Guidelines, p. 194.

²⁵⁸ David CORCHIA et IVAN Bernichou. Le financement de projets. Project finance. Editions ESRA, 1996, p. 38 ; dans le même sens Abdul Karim Zallar, Les contrats internationaux de construction – exploitation transfert. Thèse Paris II, 1999, p. 128.

²⁵⁹ Cette tradition préfère détailler les événements pouvant affecter la bonne fin de l'opération c'est-à-dire la hausse inattendue des coûts de constructions les conséquences de la nationalisation, des émeutes voir François LOMBARD op. cit., p. 44.

²⁶⁰ Sur ses conditions et les critères de la participation de la SFI dans une opération de financement. Voir l'article III de non statuts adoptés le 25 Mai 1955 à Washington. Cet article envisage les opérations de financement (section I), les modes de financement.

²⁶¹ Patrick BLANGHARD, Les montages juridiques pour la production indépendante d'électricité. Thèse Paris 1994, p. 207.

dépôts d'investisseurs individuels ou institutionnels intéressés à participer au financement du projet. Les sommes correspondantes sont investies par le GRIP. A l'échéance de ces certificats, les investisseurs de ces certificats disposent d'options : rembourser les certificats avec les dividendes qu'ils ont réalisés, acquitter une prime prédéfinie et prolonger l'arrangement initial ou se porter acquéreur des parts portées par la SFI. En outre, la SFI remplit un rôle de consultant technique et financier par le biais de la *Corporate Finance services department (CFSD)*²⁶².

3) Les banques islamiques²⁶³

257. L'apport de ces banques dans un projet CET n'est pas négligeable. Leurs activités sont cependant soumises aux règles du droit islamiques. La caractéristique principale est l'absence d'intérêts sur ces prêts. Leur rémunération dépend du résultat du projet. C'est-à-dire que cette rémunération ne s'effectue pas à travers un taux d'intérêt préalable mais à la suite du résultat des activités de la société de projet. En conséquence, ces banques doivent être en mesure de supporter une part des pertes en cas d'échec du projet. Alors, la forme adéquate pour l'intervention des banques islamiques est la prise dans le capital de la société de projet. Cette approche répond à la logique des projets CET qui ont besoin de fonds dont la rémunération dépend du résultat de l'exploitation.

Sous paragraphe II – Les prêts accordés par les établissements de crédit à l'exportation

258. Ces prêts viennent en appoint des prêts syndiqués des banques commerciales et ceux des organismes internationaux. Ils sont accordés par des agences de crédits export.

Nous évoquerons leur particularité et modalité.

²⁶² Elle fournit des protections de conseils en matière de privatisation des secteurs publics. Ainsi, elle a participé à des projets en BOT aux Philippines et au Yémen. (Voir à ce propos P. BLANCHARD, op. cit. p207)

²⁶³ Peut-être entre autre participer au financement d'un projet en BOT : Islamic Development Bank (IDB de Jeddah, Arabie Saoudite) Saud Fund for development (SFD Riyadh, Arabie Saoudite) Abu Dhabi Fund for Arab Economic Development (ADFAED Abu Dhabi) ; Arab Fund for Arab Economic and Social development (AFED, Koweït), Libyan Arab Foreign Bank (LAFB Libye), Libyan Arab Foreign Investment co. (LAFICO, Libye) etc.

A – Les particularités des crédits à l'exportation dans le financement de projet CET

259. Il est indispensable de définir les types de crédits avant d'envisager leurs avantages et inconvénients par rapport aux prêts des banques syndiquées. La réalisation de grands projets CET implique l'importation de matériels et de technologie²⁶⁴ dans le pays d'accueil. Le recours à la technique de financement par crédit à l'exportation s'impose au financement des exportations en matériel et en technologie.

260. C'est une technique de financement bilatéral²⁶⁵. Les pays développés l'utilisent pour développer ou pour promouvoir leurs exportations²⁶⁶. Compte tenu de la concurrence entre les pays industriels, les opérateurs peuvent compter sur l'intervention d'institutions publiques²⁶⁷ d'aide à l'exportation. Ces institutions prennent en charge les risques liés à l'exportation. Elles assurent les risques politiques et commerciaux²⁶⁸.

261. Pour bien de raisons le financement par crédit à l'exportation constitue une source financière très importante de projet CET. Les crédits sont accordés à long terme, dans la logique des besoins de pérennité des projets CET. Ils se différencient des prêts syndiqués qui sont de courte durée (2 à 5 ans). Le coût de ces crédits est inférieur aux prêts accordés par les banques commerciales et autres prêts sollicités du marché des capitaux. Ceci est dû à l'intervention d'organismes publics comme Eximbank (USA) ; l'*Export Finance and Insurance Corporation (EFIC)* en Australie, BECE, COFACE en France. Les crédits à l'exportation sont aussi caractérisés par les procédures simples qui facilitent leur obtention. Les organismes modèrent leurs conditions. Le système de financement par crédit à l'exportation libère la société de projet d'une partie de la négociation des conditions du crédit²⁶⁹. Enfin, le crédit acheteur (en France, Grande Bretagne, Belgique) implique une

²⁶⁴ Didier NEDJAR, Les projets internationaux : les nouveaux régime des accords de développement économique. Thèse Paris II, 1987, p 188.

²⁶⁵ UNIDOT BOT, Guidelines p. 192.

²⁶⁶ Ce financement résulte de l'achat des biens d'équipement nécessaires à l'exécution d'un projet en BOT. Il est indispensable lorsque le projet nécessite un transfert de technologie.

²⁶⁷ LA COFACE en France, le NITl au Japon et l'EXIMBANK aux Etats-Unis.

²⁶⁸ Par exemple dans le projet de SORORAO, des organismes nationaux de crédit à l'exportation du Canada du Royaume Uni, de la France, des Etats-Unis, du Japon, et de la Norvège ont participé au financement en fournissant des montants significatifs. V. UNIDO BOT Guidelines p192, dans le même sens Abdul Karim Zallar, Les contrats internationaux de construction exportation transfert, thèse Paris II ; 1999 p. 125.

²⁶⁹ André BRABANT, Le contrat international de construction, Bruyant Bruxelles, 1981, pp 268-269. Note 283. Le recours de la société de projet aux crédits à l'exportation bénéficie d'un soutien public à pour avantage de la protéger de toute mesure attentatoire à leurs droits que la puissance publique peut prendre. L'organisme public apporte en quelque sorte aussi une garantie morale.

assurance crédit gérée par un organisme public. Cette assurance décharge la société de projet de risques politiques et commerciaux²⁷⁰.

262. On pourrait reprocher, principalement, au financement de projet CET par le crédit à l'exportation le fait que ces crédits nécessitent l'achat de biens d'équipements et de la technologie du même pays que l'organisme prêteur²⁷¹. Il est à noter que le coût réduit des crédits à l'exportation est compensé par le prix élevé des biens d'équipement et de la technologie dont le projet a besoin. Il en aurait été autrement s'il y avait possibilité de concurrence. Il en serait ainsi lorsque le projet intéresse le pays d'accueil et la communauté internationale. La société de projet peut faire jouer la concurrence entre fournisseurs de biens d'équipements de différents pays²⁷².

B – Les modalités du financement par crédits à l'exportation

263. Ce type de financement fait appel aux techniques de crédit fournisseur, le crédit acheteur (1) dont les modalités peuvent sensiblement diverger selon les systèmes nationaux (2).

1) Les notions de crédits acheteur et fournisseur

264. Le crédit acheteur est un crédit consenti par une banque privée ou par un organisme public de crédit à l'exportation du pays exportateur à l'acheteur étranger afin qu'il puisse régler comptant des biens ou services auprès d'un fournisseur du pays de l'exportateur²⁷³. Dans le cadre du financement le projet CET, le recours au crédit acheteur nécessite deux contrats autonomes et distincts²⁷⁴. Il s'agit d'abord d'un contrat commercial de base conclu entre la société concessionnaire ou société de projet acheteuse et un exportateur vendeur. Ce contrat définit les obligations des parties ainsi que les modalités du paiement comptant de l'exportateur par la société de projets. Il s'agit, ensuite du contrat de crédit passé entre le banquier du pays de l'exportateur et la société de projet (acheteuse et emprunteuse) aux termes de ce contrat, la banque ou l'organisme public s'engage à verser, sous certaines

²⁷⁰ André BRABANT, op cit Bruylant-Bruxelles T. II. 1996 p. 204. André BRABANT op. cit. 1981 p. 269.

²⁷¹ UNIDO BOT Guidelines, p. 193.

²⁷² La mise en œuvre de la concurrence nécessite aussi l'appel d'offres.

²⁷³ François GISCARD d'ESTAING, Financement et garantie du commerce international PUF, 1^{re} édition, p 38
Gautier Bourdeaux, Le crédit acheteur international, Economica, 1995, p.2.

²⁷⁴ Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, Droit bancaire, institutions- comptes opérations –services , 1992, pp 221 et suivants.

conditions²⁷⁵, directement à l'exportateur les fonds mis à la disposition de la société de projet (emprunteuse). Dans le cadre du financement de projet CET, le crédit acheteur se différencie des prêts accordés par le syndicat bancaire et ceux des organismes financiers internationaux. Par rapport aux premiers, le crédit-acheteur bénéficie d'un soutien public, alors que les prêts bancaires sont accordés en tenant compte des exigences des marchés financiers internationaux. Par rapport aux seconds, le crédit-acheteur est considéré comme « une aide au développement. »

265. Le crédit fournisseur, quant à lui, est un crédit bancaire accordé à un exportateur qui a consenti un délai de paiement à l'importateur étranger²⁷⁶. Dans le cadre du financement de projet CET, le crédit fournisseur, contrairement au crédit acheteur, n'est pas directement accordé à la société de projet, mais à l'exportateur fournisseur des biens d'équipements. Il est généralement, exécuté par l'escompte de lettres de change ou du billet à ordre tiré par l'exportateur et accepté par la société commissionnaire acheteuse²⁷⁷.

2) Les systèmes nationaux de crédit à l'exportation

266. Ces systèmes diffèrent selon la philosophie économique. Les principaux systèmes nationaux de références sont les systèmes français, anglais et américains.

a) Le système français

Le système français est caractérisé par la prise en compte des procédures publiques. L'octroi de crédits à l'exportation est caractérisé par une étroite collaboration entre les banques commerciales et les deux organismes : la COFACE et la BFCE²⁷⁸. Dans le cadre du financement de projet CET, un certain nombre de conditions doit être rempli. La société de projet ne peut bénéficier du crédit fournisseur qu'en cas d'exportation de biens d'équipement et de prestations de services liées à l'installation ou à la livraison de ces équipements. Le montant et la date d'exigibilité de la créance commerciale que la société de projet a demandée

²⁷⁵ Le fournisseur devra remettre des documents indiquant l'achèvement des travaux ou l'expédition des marchandises pour se faire payer par la banque. Le crédit acheteur a alors des traits de similitude avec le crédit documentaire.

²⁷⁶ Yves Simon, *techniques financières internationales*, op. cit. 1993, p. 327.

²⁷⁷ Jean-Pierre MATTOU, *Droit bancaire international*, 3^e éd. La revue banque éditeur, 2004 pp 107 S.

²⁷⁸ Nations-unies new york 1969 pp37 et sui. Jean Pierre Matout, op. cit. p 207.

de financer doivent être certains²⁷⁹. La durée du crédit est 2 à 7 ans pour les crédits à court terme et 7 à 10 ans pour les crédits à long terme. Dans le contexte du financement de projet CET, du fait de la fourniture échelonnée de matériels, la durée du crédit est calculée à partir de la première livraison et non à partir de la dernière²⁸⁰. Aucune limite n'est fixée au montant de la créance finançable. L'intervention de la COFACE et de la BFCE est obligatoire. En effet, l'exportateur français doit bénéficier d'une police d'assurance crédit délivrée par la COFACE.

266. Cette intervention est nécessaire dans le cadre de financement de projet CET en raison de la durée du crédit dépassant toujours trois ans. La BFCE s'implique aussi pour garantir la stabilisation du taux des ressources des banques accordant le crédit²⁸¹. La stabilisation consiste à percevoir ou à régler le différentiel constaté à chaque mise en place d'un financement entre le taux fixé pour chaque crédit (taux dit de « financement ») et le coût des ressources à réunir pour le financer, majoré des charges bancaires²⁸².

267. En outre, la COFACE vient de créer un service spécialisé dans le financement de projets dans les pays en développement ou émergents²⁸³ qui sont « engagés dans les programmes de privatisation ». Comme en France, les crédits à l'exportation sont accordés par les établissements de crédit, en l'absence d'organisme public spécialisé les établissements de crédit peuvent tout de même bénéficier de l'*Export Credits Guarantee Department*²⁸⁴. Cet organisme est chargé de distribuer les subventions étatiques aux banques ayant consenti des crédits à l'exportation. Il assure une stabilisation de leurs ressources. Le système de stabilisation géré par l'ECGD est semblable à celui qui a été mis en place en France et assuré par le BFCE. En outre, une partie du budget d'aide annuel du Royaume-Uni appelée « *Aid and Trade Provision* »²⁸⁵ est utilisée en association avec des crédits à l'exportation accordés par les banques²⁸⁶.

²⁷⁹ A cet effet, la société de projet accepte une lettre de change de souscrire un billet à ordre.

²⁸⁰ François GISCARD d'ESTAING, op. cit. p. 59. L'auteur ajoute que pour les matériels d'une certaine importance qui doivent être montés sur le lieu d'utilisation, la durée du crédit ne court qu'à compter de la fin du montage.

²⁸¹ OCDE, Les systèmes de financement des crédits à l'exportation dans les pays membres de l'OCDE, op. cit., 1987, p. 80.

²⁸² Jean Pierre Maltout, op. cit. p. 101.

²⁸³ Corinne VADCAR, Les systèmes de financement et de garantie du commerce international les nouveaux enjeux. DPCI n°1 1996, p. 134.

²⁸⁴ Gaurier Bourdeaux, op. cit. 99 267 et 507.

²⁸⁵ Les fonds PTP sont versés sous forme de dons et ils servent au financement des projets qui répondent à des critères de développement.

²⁸⁶ OCDE, op. cit. p. 149.

c) Le système américain

268. Au contraire des systèmes français et britannique de crédit à l'exportation caractérisés par l'absence d'un organisme public chargé du financement des crédits à l'exportation, le système américain dispose d'organismes publics qui interviennent non de façon indirecte comme en France et en Angleterre mais de manière directe auprès des acheteurs emprunteurs étrangers.

269. *Eximbank*²⁸⁷ est le principal organisme accordant des prêts directs pour promouvoir les exportations américaines. *Eximbank* intervient toujours avec la *Private Export Funding corporation (PEFCO)*²⁸⁸ et avec des banques commerciales privées. Les modalités de financement de crédits sont, au même titre que la France et l'Angleterre, composées de crédit acheteur et de crédit fournisseur. Leur durée est de 5 à 10 ans. Les prêts accordés par *Eximbank* sont affectés d'un taux d'intérêt fixe²⁸⁹. *Eximbank* exige toujours des garanties de la part du pays d'accueil et d'institution financière internationale comme l'AMGI.

270. Il faut noter qu'*Eximbank* n'accorde pas de crédit à l'exportation en direction de certains pays²⁹⁰ ou pour des raisons de terrorisme, de protection de l'environnement²⁹¹.

N'empêche que, malgré toutes ces précautions conventions, les plus efficaces demeureraient les suretés et autres garanties de remboursement.

²⁸⁷ Il en existe d'autres : *Commodity credits corporation (CCC)*.

²⁸⁸ La PEFCO est une société privée dont le capital se répartit entre cinquante quatre banques commerciales, sept entreprises industrielles et une banque des affaires. Voir OCD, op. cit. p 197.

²⁸⁹ Contrairement à ceux de la COFACE, BFCE et ECGD qui sont à taux flottant.

²⁹⁰ Comme l'Afrique du sud auparavant ; pendant la période de l'apartheid.

²⁹¹ *Eximbank* a financé la construction du barrage et de la centrale de SRA (Volta River Anthoritu) au Ghana : sa participation étant de 19 millions de dollars. Voir Pierre-Henri Ganem, *Sécnrisation contractuelle des investissements internationaux*. Bruylant surxelles, FEC, Paris 1998, p. 196

CHAPITRE II : LA PREVENTION DES RISQUES ET LA GARANTIE DE REMBOURSEMENT DES FONDS

271. La particularité des projets CET réside dans le fait que, généralement, les banques membres du syndicat qui ont mis des fonds à la disposition des promoteurs ne sont remboursées que par les recettes générées par l'exploitation du projet lui-même. Alors, en cas d'insuffisance de celles-ci, elles ne pourraient faire un recours ni contre les promoteurs ni contre le pays d'accueil. Or le remboursement peut être mis en cause par les risques habituellement liés à la réalisation du projet (section I). C'est la raison pour laquelle les banques prêteuses recherchent des garanties susceptibles d'assurer ce remboursement (section II)

Section I : Les risques "perturbateurs" du remboursement des prêts

272. Les projets CET sont fondamentalement caractérisés par leur longue durée de réalisation la pluralité et la diversité des intervenants, le montant très souvent élevé ainsi que la nécessité d'une technologie de pointe. Il va sans dire que ces éléments influencent la réalisation du projet par certains risques qui se révéleraient à la réalisation du projet. C'est pourquoi, l'identification et la gestion des risques et s'impose dans l'étude de faisabilité²⁹². Certains risques sont spécifiques au projet. (Paragraphe I) d'autres sont relatifs à son environnement (Paragraphe II)

Paragraphe I : Les risques spécifiques aux projets CET

273. Les projets CET s'exécutent en deux phases. En premier lieu, la phase de la construction au cours de laquelle les promoteurs et les prêteurs sont soucieux de la maîtrise des coûts initialement prévus et du non-dépassement des délais. Cela conditionne la rentabilité envisagée. En second lieu, la deuxième phase, celle de l'exploitation. A chaque phase correspondent des risques. Il revient aux parties de les minorer²⁹³ en les identifiant et en établissant des mécanismes adéquats à leur gestion. Nous évoquerons les risques du projet à

²⁹² L'identification et la gestion des risques conditionnent le succès de tout projet CET. Voir Jean-Marc LONCLE, Grands projets d'infrastructure : le montage Build-opérate-Transfer. (BOT RDAI N° 8 1997 p. 1952.

²⁹³ Patrick BLANCHARD, op. cit. p 448. Robert TIONG, BOT projects risk and securitics. Journal of Construction Management and Economics, 1990, p. 49.

la phase de construction (sous paragraphe I) et ceux pouvant se révéler à la phase d'exploitation (sous paragraphe II).

Sous paragraphe I – Les risques du projet à la phase de construction

273. L'identification des risques pendant cette phase s'avère indispensable. Elle permet d'atteindre les objectifs au projet à la phase d'exploitation. A cette phase, il y a des risques principaux et les risques secondaires dont les effets et les modalités de couverture diffèrent.

A – Les risques principaux

274. Pendant la phase de construction du projet CET, les principaux risques sont le dépassement du coût de construction et le dépassement des délais d'exécution.

1) Le risque de dépassement du coût de construction

275. Il est évident que les coûts du projet CET ne peuvent être maîtrisés en raison de l'évolution possible du projet sous l'impulsion de son exploitant²⁹⁴, de son concepteur²⁹⁵, ou du contexte du projet²⁹⁶.

a) Les sources du risque de dépassement du coût

276. Le risque de dépassement du coût de construction a quatre sources : les événements naturels, l'incapacité technique du constructeur, des décisions politiques et une sous-estimation du coût des travaux et des équipements. En effet, les constructeurs peuvent être confrontés à un cas de force majeure technique ayant pour objet d'augmenter le coût de construction²⁹⁷.

²⁹⁴ Il peut y apporter de nouvelles performances.

²⁹⁵ Il peut améliorer la technologie.

²⁹⁶ Il s'agit de nouvelles formes d'environnement, de sécurité, de confort. Voir Oliver – Poupart-Lafarge, Problèmes de la maîtrise du coût de construction et de la fixation des pages, in *financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1993 colloqué de Paris des 26 et 27 Mars 1990 organisé par FEDUCI, FEC 1991* p 116.

²⁹⁷ Marcel SARMET, *op. cit.* p 67.

277. La force majeure technique trouve son fondement dans les événements naturels tels que les inondations les voleurs, les tremblements de terre les mouvements sociaux (immigration ou disparition de la main-d'œuvre.) Ces événements augmentent le coût des travaux et des équipements. L'incapacité technique du constructeur peut aussi contribuer à la majoration du coût de construction. Elle se révèle lorsque la main-d'œuvre n'est pas capable de s'adapter aux nouvelles technologies nécessitées par le projet, l'incapacité des entreprises locales sous-traitantes. La majoration du coût de construction peut provenir des modifications résultant des décisions politiques prises par le pays d'accueil. Généralement, ces décisions sont relatives à la fiscalité du projet, à la rupture des relations commerciales entre le pays d'accueil et le pays de l'exportateur, à la nationalisation de la société de projet ou la confiscation par l'Etat de ses actifs, etc. Le dépassement des coûts de construction peut enfin provenir de la mauvaise estimation du coût des travaux.

278. En principe, les promoteurs et les prêteurs font une estimation du coût de réalisation du projet à la phase préliminaire. Mais dans la pratique ces coûts peuvent très rapidement évoluer en hausse²⁹⁸. Cette mauvaise estimation peut être le fait de promoteur qui manque d'expériences en la matière ou le non recours à un ingénieur financier spécialisé ou encore à un ingénieur inexpérimenté²⁹⁹.

b) La couverture des risques de dépassement

279. Quatre possibilités de couverture s'offrent aux promoteurs. Ceux-ci doivent par ailleurs identifier la partie qui doit les prendre en charge. La première possibilité est de créer une ligne de crédit dite « *stand by* ». L'effet immédiat du dépassement des coûts de construction est la menace de non achèvement des travaux. Les promoteurs doivent donc rechercher des sources alternatives pour le financement du supplément afin de ne pas précipiter la défaillance de la société de projet.

²⁹⁸ Laurent VANDOME, To time, to budget, to spécifications » l'allocation des risques pré opérationnels dans le cadre de financement de projet BOT. RDAJ n° 8, 1999 p 884

Mr Brover R. CASTLE a démontré que sur 17 projets en 1970 dans le domaine , 70% ont dépassé le coût initialement prévu et le pourcentage de dépassement varie de 5 à 100%. Goover R. CASTLE Project financing. Guidelines for the commercial Banking. The Journal of Commercial Banking tending 1975 cité par Didier NEDJAR op. cit. 1987 p. 178.

²⁹⁹ Il apparaît indispensable pour les promoteurs du projet de s'attacher les services d'un ingénieur financier pour l'évaluation du coût du projet mais aussi pour leur proposer des modalités de financement. Voir François LOMBARD, L'ingénierie financière du projet Banque n° 476 1987 pp 925 et suit.

280. La ligne de crédit *stand-by* ou *stand-by facility* constitue la solution alternative³⁰⁰.

Le montant de ce crédit est préalablement défini³⁰¹. Il est financé soit par les banques prêteuses membres du syndicat bancaire³⁰², soit par des actionnaires³⁰³. La deuxième possibilité est la garantie de bonne fin d'exécution ou *performance Bond*. Si le constructeur ou les entreprises sous-traitante. Ils n'arrivent pas à réparer aux défauts dus à leur incapacité technique, leur responsabilité sera engagée vis-à-vis de la société de projet. La société de projet peut déjà à la conclusion, exiger du constructeur l'émission d'une garantie de bonne exécution du projet³⁰⁴. En troisième lieu peuvent adopter un système de révision du prix les parties de façons évidentes, ne peuvent pas éviter la hausse du coût dans un tel contrat de longue durée. Elles peuvent, tout de même, adopter un système de révision périodique des prix. Les parties auront ainsi la possibilité de faire coïncider le prix à l'évolution du coût de construction³⁰⁵. Ce système permet aux parties de déterminer un plafond du pourcentage du prix du contrat, et en cas de dépassement de celui-ci l'entreprise devra supporter le risque de l'évolution des coûts. Il y a, à côté de ce système, celui du prix forfait.

281. D'après ce mécanisme, les parties au contrat de construction conviennent d'une somme totale en contrepartie de l'exécution du contrat. La conséquence immédiate à tirer est que l'entrepreneur ne peut solliciter un montant supplémentaire de prix et le maître de l'ouvrage ne pourrait non plus modifier les conditions d'exécution du contrat. En cas de modification, l'entrepreneur aura le droit de demander l'augmentation de prix ou équilibrer le prix et les travaux modifiés.

282. Les parties peuvent, enfin, recourir au prix *cost and fees*. Selon M. Ali MEGHAZANI³⁰⁶, contrairement au contrat à prix forfaitaire où le prix des prestations est fixé de façon globale, le prix ne peut être fixé qu'après l'exécution des différentes prestations qui font l'objet du contrat.

284. Enfin, en quatrième lieu, les parties peuvent avoir recours à l'assurance. Le surcoût peut être couvert par des assureurs de crédits publics du risque politique que le constructeur

³⁰⁰ Boris Kozolchik, *The financial stand by letters of credit*, RDAI N° 4 pp 1005

³⁰¹ Généralement 10% de la totalité des sommes nécessaires à l'achèvement du projet.

³⁰² Il s'agit du crédit *stand by loan*.

³⁰³ Ici on a recours au crédit *stand by Equity*.

³⁰⁴ Mohd Tadjunddin Mohd GHAZALI, op. cit. p 9. Cette garantie constitue un engagement pris par une banque (garant) sur l'ordre du donneur d'ordre par lequel elle s'engage à effectuer un versement à la société de projet ou à assurer lui-même l'exécution du contrat au cas où le donneur d'ordre (le contractor) n'exécute pas dûment ses obligations envers le bénéficiaire. (Voir Article 2 des règles uniformes pour les garanties contractuelles doc. CCI publications n° 325) nous reviendrons plus en détail sur cette garantie dans l'étude du contrat de construction.

³⁰⁵ Panayotis Glavinis 1993, p. 76.

³⁰⁶ Ali MEGHAZANI, *Le contrat cost and fee JDI*. N° 1984, p. 242.

sollicitera en faveur de la société de projet. D'un autre point de vue, selon M. John SCRIVEN³⁰⁷, il est possible d'étendre, par le biais de la puissance concédante, la période de la concession ou d'augmenter le tarif du service payé par l'utilisateur de l'ouvrage. Cette augmentation du prix du service ou la prolongation de la durée de concession constitue une solution équitable de compensation de la société concessionnaire. Il s'ensuit que le risque de dépassement du coût peut être pris en charge par les pêcheurs, les promoteurs le constructeur ou le pays d'accueil du projet.

285. Les prêteurs, aux termes de la ligne de crédit *stand by loan* s'engagent à mettre à la disposition du constructeur les fonds nécessaires pour financer les éventuels surcoûts de construction³⁰⁸. Cet engagement ne leur est pas dénué d'intérêts. Il permet en effet, de garantir le parachèvement de la construction, seul le projet constitue leur actif tangible. Cependant elles limitent cette participation du financement du surcoût en stipulant dans le contrat de prêt un taux d'intérêt dissuasif afin d'empêcher la société de projet à recourir à une autre source de financement³⁰⁹ de son côté certains risques. Le surcroît de construction peut être mis à sa charge³¹⁰. Dans ce cas, une clause contractuelle ou stipulée peut permettre l'augmentation de la durée de la concession pour assurer un retour sur investissement équitable à la société concessionnaire. Cet allongement de la durée suppose que le surcroît ne soit pas imputable à la société de projet ; arrêté concessionnaire.

L'Etat d'accueil du projet peut aussi supporter ce risque en accordant des subventions ou la mise en place d'une ligne de *crédit stand-by*³¹¹.

³⁰⁷ « One way of dealing with the increased cost, arising from political events may be to allow the concession company to extend the concession period or to increase the tariff. » John SCRIVEN, A banking perspective on construction risks in BOT ICLR part 3, 1994, p. 316.

Cette liberté tarifaire est aussi prouvée par les dispositions contenues dans le contrat de la concession du tunnel sous le monde notamment en son article 12, cet article stipule, en effet que « les concessionnaires peuvent fixer librement leurs tarifs leur politique commerciale et la consistance des services offerts. En particulier les lois et règlements relatifs au contrôle des prix et des tarifs par les pouvoirs publics ne s'appliquent pas à la liaison fixe. »

³⁰⁸ Cet engagement peut être limité dans son montant.

³⁰⁹ Aline GRENON, « Project financing » concepts fondamentaux et aspects juridiques. DPCI, n°2 1980, p. 200

³¹⁰ Jean Marcel LONCLE, op. cit. RDAI, n° 8, 1997, p. 951.

³¹¹ Mark AUGENBLICK and B. Scott CUSTER, The build operate and transfer (BOT) approach to infrastructure projects in developing countries. The World bank, working papers 498, 1990 o 27. L'Etat Turc, par exemple, a pris en charge la mise en place de ligne *stand by* dans le financement du ** coût de construction dans ses projets de gaz.

2) Le risque de dépassement du délai de construction

286. Lorsque l'achèvement du projet dépasse le délai c'est la mise en exploitation qui est menacée. Dans cette hypothèse, la société de projet peut se trouver incapable de remplir ses obligations ; ne pas rembourser les dettes aux prêteurs. Le retard dans la construction et partant le début de l'exploitation, accumulerait des intérêts capitalisés³¹².

a) Les sources du risque de dépassement de délai

287. Le dépassement du délai de construction peut être provoqué par le non remboursement des fonds propres, l'incapacité du constructeur ou ses sous traitants ou encore les décisions politiques. Les fonds propres conditionnent, en fait, l'intervention des banques prêteuses. Alors la défaillance des actionnaires dans la mise à disposition des fonds propres à la société de projet entraînerait probablement l'abstention des banques aussi du coup la société de projet manquera à ses obligations envers la construction ce qui retarderait les travaux de construction³¹³.

288. L'incapacité du constructeur ou de ses sous-traitants ou des fournisseurs de matières premières peut découler du manque d'expérience dans la réalisation de tels projets, la monopolisation de sous-traitants locaux à la nouvelle technologie, la non-conformité des matières avec les spécifications requises les procédures administratives du pays d'accueil retardant les autorisations nécessaires à la construction, etc³¹⁴. Généralement l'intervention des décisions politiques est due à l'insuffisance de devises étrangères nécessaires à l'achat des matières premières ou la renonciation au projet par substitution à un programme jugé moins

³¹² Dans le projet d'Eurotunnel, par exemple, chaque mois de retard dans la réalisation du projet leur fait subir des frais financiers de l'ordre de 100 à 700 millions de francs français. V. Marie Hélène SERGENT, Eurotunnel un exemple de projet financier. Une interview d'André BARNARD. MTE n° 11 1989 p. 9.

³¹³ En effet, pendant la construction, les fonds propres et les subventions constituent des ressources sur lesquelles la société de projet s'appuie. Aussi les fonds propres et les quasi-fonds propres sont des fonds à risques. Ainsi, lorsque la société de projet n'en dispose pas à temps, l'opération de construction aussi sera affectée.

³¹⁴ En Egypte, la loi n° 8 de 1997 sur les incitations et les garanties à l'investissement a donné à l'organisme général de l'investissement et des zones franches (OGIZF) la mission de conclure des contrats de terrains, possédés par l'Etat ou par les personnes morales publiques, nécessaires à la création de établissements après agrément du ministre concerné. Il est également chargé d'obtenir pour le compte de l'établissement, tous les permis et les autorisations nécessaires.

coûteux³¹⁵. Le gouvernement du pays d'accueil peut décider par ordonnance de procéder à des modifications des travaux.

b) La couverture du risque de dépassement des délais et les techniques de couvertures

289. Quatre possibilités peuvent être évoquées : La première est relative aux pénalités de retard³¹⁶. Les contrats CET comportent très souvent des clauses de pénalités on les retrouve dans le contrat de construction et même dans celui de concession³¹⁷. Ces clauses posent la responsabilité de la société de projet vis-à-vis du pays et du constructeur à l'égard de la société de projet. Cette dualité des clauses pénales postule l'égalité des montants d'afin de permettre la compensation que la société de projet aura à payer au pays d'accueil. Le montant de ces clauses peut être déterminé par une certaine somme, un pourcentage du prix par période de retard ou encore par un montant forfaitaire³¹⁸. Il est fréquent dans les contrats de construction, de prévoir une période de grâce pendant laquelle les pénalités ne sont pas applicables. Cependant, trois conditions sont nécessaires pour la mise en jeu de la clause pénale. Une faute commise par le constructeur ou par les sociétés de projet. la clause ne peut donc jouer lorsque le retard est dû à un cas de force majeure à des difficultés techniques ou à des obstacles artificielles imprévisibles, à des modifications complètes dans les travaux. L'existence d'un préjudice subi par le pays d'accueil ou par la société de projet. Un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Le remboursement du montant de la pénalité peut ne faire par la déduction de la somme des pénalités de celle due au constructeur ou la mise en jour de la garantie de bonne exécution. La question qui se pose est de savoir si l'arbitre compétent ou le juge peut réviser la clause pénale insérée dans les contrats internationaux de construction dans le contexte de financement de projet CET lorsque le débiteur établit qu'elle est excessive ou lorsque l'obligation a été partiellement exécutée.

³¹⁵ Réalisation d'une Centrale électrique sur la base d'une turbine à gaz au lieu d'un générateur à vapeur fonctionnant à charbon.

³¹⁶ Le gouvernement égyptien a recours à cette solution dans le contrat en BOT pour la construction exploitation de l'Aéroport de Marsa Alam.

³¹⁷ Sur ces clauses voir Marcel FONTAINE, Les clauses pénales dans le contrat internationaux, DPCt, n°2, pp.127 ; Thierry de GALARD, Les pénalités de retard dans les contrats internationaux de construction de point de vue de l'exportateur, RDAI, n°2, 1980, p.133 ; Marcel FONTAINE, Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, FEDUCI, pp.127 et S.

³¹⁸ Marcel FONTAINE, op. cit. DPCI n°2, 1982, p.409 ; Ugo DRAETA et Ralph B. LAKE, Les clauses pénales et les pénalités dans les pratiques du commerce international, RDAI, n°3, 1993, p.267.

La deuxième est relative à l'ouverture d'un compte *off shore*. Ce compte est ouvert en dehors du pays d'accueil du projet. Le compte reçoit les apports en fonds propres des investisseurs et promoteurs. Ils doivent procéder au versement des fonds avant le commencement des travaux. Ainsi leur défaillance ultérieure n'aura aucune incidence sur le déroulement du projet.

290. L'objectif de cette stratégie d'ouverture de compte *off shore* est de faire échapper des recettes générées par le projet de toute décision politique interdisant par exemple la sortie des devises. C'est le cas par exemple de l'article 29.1 du contrat CET du projet de l'Ilmenite à Fort-Dauphin en Madagascar qui prévoit que « pour les recettes du projet provenant de la vente des produits et autres avoir en devises, GMM SA. est autorisé à ouvrir des comptes en devises auprès d'une seule banque étrangère de répartition internationale qui devra être une banque correspondante de la Banque centrale de Madagascar, GMM SA ne sera pas tenue de rapatrier à Madagascar les montants figurant sur ses comptes en devises à l'exception des montants nécessaires aux dépenses de toute nature de GMM SA et affiliés en cours en franc malgache à Madagascar dans le cadre du projet.³¹⁹ L'assiette de ce compte sert au remboursement des banques prêteuses, à assurer le service de la dette, à payer des dépenses à l'exploitation du projet³²⁰.

291. La troisième solution a trait au contrat *supply or pay*. Le contrat *supply or pay* est conclu entre la société concessionnaire et le fournisseur de matières premières. Le fournisseur, au terme de ce contrat, s'engage à fournir des matières premières à la construction et au fonctionnement de l'équipement. Cette obligation peut aussi découler d'une simple clause de contrat de concession. Celle-ci oblige le fournisseur, en cas de non fourniture de matières premières, d'assurer leur paiement auprès d'une source alternative.³²¹ Enfin la quatrième solution est la mise en place d'un système d'incitation. Ce système vise à récompenser le constructeur contrairement aux pénalités de retard. Il peut s'agir de l'octroi d'une prime d'achèvement. À défaut, ces incitations peuvent se transformer en pénalité.

292. Il est aussi possible de promettre au constructeur la réalisation, à l'avenir, des projets qui seront exécutés par la même société du projet.

³¹⁹ Marc FRILET. Le projet Ilmenite à Fort-Dauphin Madagascar : recherche de sécurité juridique à long terme pour les grands projets d'infrastructure en financement privé en Afrique, RDAI n°6, 1999, p.625.

³²⁰ Il en sera ainsi si le projet est exploité par la société concessionnaire elle-même. Au contraire, si l'exploitation est confiée à une autre société, c'est elle qui en assurera les dépenses.

³²¹

c) L'identification de la partie assurant le risque de dépassement du délai

293. Le risque peut être assuré par la puissance publique concédante, le constructeur et les promoteurs du projet. La puissance publique va assurer ce risque lorsque le retard résulte de l'absence de matière première. Dans le domaine énergétique, la puissance publique s'engage aux termes du contrat ou de la clause *supply or pay*, à fournir l'énergie nécessaire au fonctionnement du projet et son achèvement. L'autorité concédante devra rechercher des sources alternatives auprès d'autres fournisseurs. Son intervention est indispensable en cas de force majeure. A cet effet, il doit prolonger la période de concession à une période égale à celle de la suspension³²². La prise en charge du risque de dépassement de délai peut être mise sur la tête du constructeur³²³ car, il faut noter qu'en général, en cas de retard, la société de projet répercute une partie des conséquences sur le constructeur. Par contre, si les banques prêteuses désirent que les pénalités de retard conviennent toute perte subie par la société de projet, dans la pratique, cette hypothèse difficile à réaliser, car ces pénalités sont considérées comme des clauses limitatives de la responsabilité du constructeur³²⁴.

294. Les principes d'Abrahamson : ces principes permettent l'identification de la partie assurant les risques liés à la réalisation du projet. Conformément à ces principes, ces risques sont pris en charge par l'une des parties du contrat lorsque ces risques sont sous le contrôle de cette partie³²⁵. Il est possible à celle-ci de transférer le risque par recours à l'assurance, à la gestion de risque. Ce procédé paraît plus économique : lors de la survenance du risque, la perte causée est mise à la charge de cette partie³²⁶.

B – Les risques secondaires

295. Il s'agit des risques relatifs à la non-conformité des installations, au non achèvement du projet et aux circonstances physiques et climatiques.

³²²Back Raymond, Legal aspects of financing and risk allocation. BOT projects, Centre for law reform studies London, 1996, p.11.

³²³Idem p.9.

³²⁴John SCRIVEN, op.cit. ICLR part 3 1994, p. 325.

³²⁵Mark Augenblick and B. Scott Custer, op. cit. p. 25.

³²⁶Max ABRAHAMSON, Risk problems relating to construction in construction contract policy: improved procedures and practices. Centre of construction law and management, King's college University of London, 1989, p.21.

1) Le risque de non-conformité des installations aux conditions initialement prévues

296. Aux termes du contrat CET, la société de projet est tenue d'exécution des obligations conformément aux plans et spécifications. La bonne exploitation et l'attente des résultats escomptés. C'est pourquoi lorsque le risque de non-conformité est justifié, il doit être couvert.

a) Les justifications du risque de non-conformité

297. Diverses raisons justifieraient ce risque. La défaillance du constructeur : Il s'agit de la non-construction ou de la construction défectueuse. Lorsque la construction est défectueuse, la puissance publique concédante peut³²⁷ ordonner à la société de projet de réparer les défauts ou de procéder de projet de réparer les défauts ou de procéder à la reconstruction si la défectuosité n'est pas réparable,

298. La deuxième raison tient aux décisions politiques unilatéralement prises par la puissance publique concédante³²⁸ les décisions politiques, à l'occasion, remettent en cause le prix de l'équipement à délivrer par le projet. Il s'agit par exemple de la dénonciation des exonérations d'impôt ou des avantages fiscaux dont a bénéficié le projet.

299. Enfin, la non-conformité pourrait être également justifiée par la non-adéquation des matières premières délivrées par le fournisseur aux conditions du cahier des charges. Il appartient, alors, à la société de projet de prendre les dispositions nécessaires pour éviter ce risque au cours de la vie du projet. Elle devra aussi prendre en compte l'évolution ou le changement de l'environnement où le projet s'exécute et son effet sur les matières premières utilisées.

³²⁷ Ces droits dont dispose la puissance publique concédante sont les mêmes que la condition PIDIC. En effet, la clause 39-1 des Conditions FIDIC donne la possibilité au maître de l'ouvrage d'ordonner le constructeur à démolir l'ouvrage et de le construire à nouveau. Et si l'entrepreneur ne se conforme pas aux instructions du maître de l'ouvrage dans les délais qui lui est imposé, ce dernier pourrait exécuter ces instructions par un tiers à la place, du constructeur et à ses frais. La clause 64-1 des conditions FIDIC confie à l'ingénieur en cas d'une défaillance ou d'un accident. Si l'entrepreneur ne peut ou ne veut pas la faire, le maître de l'ouvrage pourrait prendre contact avec un autre pour la faire aux frais de l'entrepreneur défaillant. Enfin, la défaillance du constructeur qui porte atteinte à la bonne exécution de l'ouvrage, offre l'opportunité de suspendre les travaux de la part du maître de l'ouvrage. (clause 40-1 conditions FIDIC). Même après la réception de l'ouvrage, le maître de l'ouvrage bénéficie de ces droits (clauses 49-2, 49-4 et 50-1. conditions FIDIC) on note le recours à ces mécanismes à l'article 8 du contrat BOT pour la construction de l'Aéroport de Marsa Alan, de l'aéroport de Ras Sedr..

³²⁸ Antoine KHYR et Joël MAGDELAINE op. cit. annexe VI 1986, p.7.

b) La couverture du risque de non-conformité

300. Deux points méritent attention : les méthodes de couverture et la partie qui prend en charge le risque.

301. Relativement au premier point, le risque de non-conformité peut être couvert par les garanties. La *performance bord* (garantie de bonne exécution.). Elle est émise par le constructeur ou le fournisseur en faveur de la société concessionnaire, société de projet. Mais il est plus adéquat d'établir un système préventif consistant à confier à la société de projet. La société de projet aura, alors, le droit de surveiller le respect des critères techniques et fonctionnels imposés par la puissance publique concédante. Point ne sera besoin d'attendre l'achèvement des travaux. Ainsi, les défauts pourront être réparés au fur et à mesure. L'intérêt de ce système est de faciliter le passage de la phase de construction à la phase d'exploitation³²⁹.

302. Relativement à l'identification de la partie qui assume ce risque, dans un premier temps, il revient à la société de projet de le prendre en charge conformément aux stipulations du contrat CET conclu avec la puissance publique concédante. En second lieu ce risque peut être transféré au constructeur par le biais du contrat de construction. Toutefois ce transfert n'est pas global³³⁰. La société de projet s'engage vis-à-vis de l'autorité concédante à construire un projet conforme aux critères qualitatifs et quantitatifs mais aussi, à fournir des produits et des services escomptés pendant la phase de l'exploitation. Le premier de ces engagements l'oblige à supporter les pénalités de non-conformité définies dans le contrat CET et prises en charge par le constructeur. Le second de subir une perte résultant de la diminution des recettes du projet pendant l'exploitation de l'ouvrage. Il convient d'ajouter que le risque de perte ne peut être transféré au constructeur que pendant la période de garantie suivant la réception définitive de l'ouvrage³³¹.

2) Le risque de non-achèvement du projet

303. Ce risque découle souvent de l'abandon du projet résultant de l'annulation de l'autorisation, de l'existence d'une guerre civile, de la prise d'une décision internationale à l'encontre du pays d'accueil ou encore de l'apparition d'un produit concurrent rendant alors le

³²⁹ Cette phase transitoire est très importante pour la société de projet, pour les banques prêteuses.

³³⁰ Laurent VANDOMME op. cit. 1999 p. 889.

³³¹ Elle dure de 6 mois à un an.

projet non rentable. Cet abandon intervient inéluctablement³³². C'est surtout à la phase de construction que ce risque revêt son importance. Sa couverture, dès lors, s'impose. Plusieurs techniques peuvent être utilisées, la première technique est la mise en place d'une garantie d'achèvement sous forme d'engagement de remboursement des prêts par les promoteurs du projet³³³. La souscription de cette garantie d'achèvement par les promoteurs est très capitale pour les banques prêteuses du fait que leur rémunération n'interviendra tant que le projet n'aura généré de recettes. C'est pourquoi les prêts accordés par le syndicat sont garantis pendant la période de construction (*full recourse credit*) puis deviennent sans recours ou avec recours limité en période d'exploitation si l'ouvrage a été correctement mis en service. La deuxième technique consiste en l'établissement d'un système organisant les modalités de prise de décision relative au sort du projet.

3) Les risques relatifs aux conditions climatiques et géographiques

303. Conformément aux clauses 11-1 des conditions FIDIC, le maître de l'ouvrage est tenu de mettre à la disposition de l'entrepreneur toutes les informations concernant les données hydrologiques, géologiques et climatiques du projet. A cet effet, le maître de l'ouvrage doit procéder à des études lui permettant de recueillir ces informations car, c'est sur la base de ces informations que l'entrepreneur prépare son offre. L'insuffisance de l'inexactitude de ses données sera assumée par le maître de l'ouvrage. Ainsi si l'entrepreneur a trouvé la nature du sol différente de celle initialement prévue, il sera en droit de demander la prolongation de la durée contractuelle et le remboursement des frais encourus à condition que ce risque soit imprévisible pour l'entrepreneur expérimenté. Il en sera autrement si le risque était prévisible. Il s'agit donc, dans les conditions FIDIC, du standard de l'entrepreneur expérimenté.

304. Par contre, le risque de changement des conditions climatiques est à la charge de l'entrepreneur. D'ailleurs, la clause 12-2 des conditions FIDIC, une condition physique selon défavorable ne justifie pas la prolongation du délai contractuel ou le remboursement des frais supplémentaires en cours

³³² Marcel SARMET, Les financements internationaux de projet en Europe, Revue Banque n° 392, 1980, p. 190.

³³³ Marcel SARMET, Les projets internationaux : le nouveau régime des accords de développement économique, op. cit. 1987 p. 179, Marcel SORMET, Tendances récentes des financements internationaux de projets, Banque n° 409, 1981 p. 951.

Sous paragraphe II – Les risques du projet à la phase d'exploitation

305. La phase d'exploitation au cours de l'achèvement de l'ouvrage à la fin de la durée de l'a concession. C'est la phase de mise en service de l'ouvrage en vue de générer les recettes escomptées. Cette période est aussi caractérisée par le remboursement du principal des dettes et leur service. L'exploitation est assurée par la société de projet ou par une société d'exploitation. De toute façon, il est requis de l'exploitant des capacités techniques et financières avérées. A cet effet, l'expérience de l'exploitant joue un rôle important à l'occasion de son choix. Mais en réalité, pendant cette phase, le cash flow pourrait être affecté par un certain nombre de risques³³⁴ principaux et secondaires.

A – Les risques principaux

306. Les principaux risques à la phase de l'exploitation sont relatifs au risque du marché, au risque de change et celui relatif à la variation du taux d'intérêt.

1) Le risque du marché

307. Ce risque réside dans les écarts éventuels entre les prévisions faites par les prêteurs et les investisseurs lors de l'analyse de la rentabilité du projet et la demande effective de services ou de biens³³⁵.

a) Les causes du risque du marché

308. Elles sont nombreuses et de diverses natures :

309. L'augmentation des prix des matières premières : elle influence doublement le prix des biens et services ; où la nécessité de préserver la rentabilité du projet en faisant en sorte que l'évolution des prix ne compromette pas la compétitivité des services et biens générés par le projet par rapport aux biens et services concurrents³³⁶. C'est pourquoi la détermination des prix doit prendre en compte le prix des matières premières et de façon générale l'évolution des prix dans le pays d'accueil du projet. La fausse estimation de la fréquentation. Il est

³³⁴ Certaines conditions à remplir pourrait éviter ou réduire ces risques : un test d'achèvement et l'opérabilité de l'achèvement dans le contexte des garanties imposées par l'acheteur du produit. Il s'agit d'un test quantitatif et de productivité.

³³⁵ Jean-Pierre DIJON, Partage de responsabilités et des risques entre les partenaires in l'expérience française du financement privé des équipements publics Economica, 1993 p. 83.

³³⁶ Joël MAGDELAINE et Antoine KHYR, annexe VI, 1988, p. 10

indispensable que la rentabilité du projet dépende de la fréquentation de l'ouvrage. Les banques prêteuses y prêtent une attention particulière³³⁷ avant l'accord de tout prêt ; autant une sous-estimation qu'une surestimation peuvent s'avérer catastrophique³³⁸. La surestimation entraîne un échec commercial mettant en péril les intérêts des banques et des promoteurs. La sous-estimation, quant à elle, est le corollaire d'une mauvaise estimation des débouchés et une obsolescence des produits mis en service par le projet³³⁹.

310. Les décisions unilatéralement prises par l'autorité publique concédante peuvent influencer les résultats escomptés si elles ont pour objet la détermination de la quantité de biens ou de produits générés par le projet, l'abaissement des prix de vente des produits et des autorisations imparties à d'autres projets concurrents³⁴⁰.

311. Par contre, des cas de force majeure peuvent ici être évoqué : la guerre, les émeutes, l'invasion, le conflit armé, insurrection, contamination radioactive ou chimique, grève, catastrophe et toute conséquence d'éléments naturels qu'il n'était pas possible de prévoir.

312. Enfin, l'incapacité financière ou technique de l'exploitant peut avoir une influence négative sur la rentabilité du projet ; que l'exploitant soit la société de projet ou non.

b) La couverture du risque du marché

313. Il appartient aux parties de s'efforcer pour couvrir les risques des marchés en prenant en compte les fluctuations qui peuvent entraîner des risques imprévisibles au moment de procéder à l'étude de faisabilité du projet. Ce risque peut être évité. D'abord un soin doit être apporté au choix de l'exploitant. Il faudra tenir compte de ses capacités technique et financière. Lorsque l'exploitant devient défaillant, un système de garantie de bonne exécution doit pouvoir permettre de procéder à son remplacement³⁴¹.

³³⁷ Elles commettent en général un expert pour estimer la fréquentation de l'ouvrage

³³⁸ A ce propos, l'échec d'Orly val en France illustre la surestimation du trafic des premières années d'exploitation commise par les prêteurs et les promoteurs.

³³⁹ Marcel SARMET, op-cit. Banque N°392 p. 189

³⁴⁰ C'est pourquoi, le contrat BOT doit prévoir une clause empêchant les autorités concédantes à donner de telles autorisations. A ce titre, l'article 34-2 du contrat de concession du Tunnel sous la Manche stipule que « les concédants s'engagent à ne pas faciliter la construction d'une autre liaison fixe dont l'exploitation commencerait avant 2020... ». L'article 34-3 ajoute « les gouvernements sont d'accord pour qu'aucune liaison ne soit financée avec le soutien des fonds publics, soit directement soit par le biais de garanties financières et commerciales des Etats durant toute la durée de la concession. »

³⁴¹ Mohd tajnddin mohd Ghazali, op. cit. UNIDO payers. Sans année, p.9.

Aussi un compte de réserve alimenté par le paiement de pénalités à l'exploitant et par les sommes prélevées son celles dues à l'exploitant doit être constituée dans l'objectif de permettre à la société de projet la poursuite de l'exploitation de l'ouvrage.

2) Le risque de change

Le risque de change est diversement apprécié à la phase de construction qu'à la phase d'exploitation en raison de la durée plus courte à la construction qu'à l'exploitation.

314. La principale cause relève du fait que les recettes générées par le projet CET sont encaissées en monnaie locale surtout si les divers contrats de vente ou d'approvisionnement font intervenir différents devises alors que les fonds et prêts assurant le financement de la construction sont des dettes en devises différents de celle des recettes du projet. Du fait de la variation du taux de change, la société de projet et les banques prêteuses peuvent supporter des pertes considérables³⁴². C'est pourquoi, elles attachent une attention à la suffisance du *cash flow* et surtout la possibilité de percevoir ou de convertir la monnaie du *cash flow* en devise. Cette difficulté peut être résolue par l'unité de devises. En d'autres les prêts bancaires et les revenus du projet doivent être dans la même devise³⁴³. Ceci peut paraître difficile pour les pays en développement à moins qu'ils ne disposent de revenus en devise et puissent décider contractuellement avec l'accord de la Banque centrale, d'affecter une partie de ces devises pour couvrir les engagements de la société concessionnaire.

315. Il est également possible de convenir de l'augmentation du prix des produits ou des services du projet d'un pourcentage permettant de couvrir le décalage du taux de change entre les deux monnaies ou encore de permettre à la société de projet d'exporter une partie de la production du projet à l'étranger vers des pays possédant des devises fortes et faire intervenir la Banque Mondiale³⁴⁴ pour la garantie de la convertibilité de la monnaie locale en devise forte. Le pays d'accueil peut ainsi prédéterminer des taux de change en leur évitant le risque de variation.

³⁴² Patriek Blanchard. Des montages juridiques pour la production indépendante d'électricité. op. cit., 1994, p. 331.

³⁴³ Il est rare que la variation du taux de change soit favorable au pays en développement en raison de la faiblesse de leur devise par rapport au dollar américain, le y japonais, le livre sterling ou l'Euro.

³⁴⁴ Il en a été ainsi dans la construction et l'exploitation en CET de la Centrale thermique de Hub River au Pakistan. Voir Anne Feitz, Centrale Thermique de Hub River, une première mondiale, option finance n° 358 1995 p.24.

La deuxième solution consiste en une adaptation financière du contrat aux circonstances nouvelles. Elle peut se faire par l'insertion dans le contrat de clauses monétaires. Il peut s'agir de la clause d'adaptation des prix proportionnels aux fluctuations de change, avec ou non franchise ainsi que la clause de risque partage³⁴⁵. La clause d'adaptation des prix proportionnels permet aux intervenants de faire répercuter sur les prix les fluctuations du cours de la devise et de sa facturation. Une clause d'indexation automatique vient parachever l'équilibre des intérêts des parties³⁴⁶. Pour la deuxième clause, des intervenants s'accordent pour que la hausse et la baisse du cours de la devise de facturation se répercutent sur les prix. Mais se limitant à une franchise déterminée par eux. Enfin, la dernière clause les oblige à supporter une variation du taux de change susceptible de se produire entre la date de facturation et la date de paiement³⁴⁷. Le recours aux marchés financiers peut être une solution au risque de change. Les parties peuvent avoir recours aux nouveaux produits financiers : Les contrats à terme et les *SWAP*³⁴⁸.

316. Les contrats à terme permettent à la société de projet qui souhaite emprunter à une date précise, de fixer, au moment de contracter son coût et le rendement de ses investissements³⁴⁹. Toute variation de taux de change serait sans influence sur les banques ou la société de projet.

317. Quant au *SWAP*³⁵⁰, il permet à la société de projet, endettée en dollars mais disposant de recettes en Euro, de procéder à une opération de *SWAP* de devise avec une société ou un autre opérateur qui a des dettes en Euro et des recettes en dollars.

318. Selon M. Raymond M. Auerback, le *SWAP* constitue un instrument adéquat pour la couverture du risque des changes dans les projets CET.³⁵¹ Il comporte « un engagement de payer des montants calculés par référence aux transferts réciproques des produits ou charges

³⁴⁵ Yves SIMON, Techniques financières internationales op. cit. p. 3310.

³⁴⁶ « Le prix est établi par un cours de change de IF ex devises. Toute variation supérieure à entraînera une modification proportionnelle au prix . Voir JF. Landeau, La gestion du risque de change pour l'exportateur. Encyclopédie Management, article 9. 14 ; S. Silard, Clauses de maintien de la valeur dans les transactions internationales JDI, 1972, p. 214.

³⁴⁷ Yves Simon, op. cit. 1993, po. 331.

³⁴⁸ Patrice Fontaine, Gestion financière internationale, Dalloz, 1997 p. 174 ; Yves Simon, op. cit. p. Séna AGBAYISSAH, Aspects juridiques des produits dérivés négociés sur les marchés de gré à gré in mélanges AEDBF. France, Droit bancaire et financier, Banque Editeur 1988 pp 15 et 5.

³⁴⁹ Yves Simon, op. cit. 1993 p. 430

³⁵⁰ Le *SWAP* est une technique d'échange de devises entre deux parties. Voir Sena AGBAYISSAH, op. cit. 1998, p. 22.

³⁵¹ Raymond Auerback, Legal aspects of financing and risk allocation BOT projects. Centre for law reform studies, London 1996 p. 10

1) Le risque du dépassement des coûts de fonctionnement

321. Le dépassement du coût au cours de la durée de l'exploitation peut résulter d'une mauvaise estimation des coûts d'exploitation, du manque d'expérience de l'exploitant, du non recours à des ingénieurs financiers ou de l'absence d'un promoteur expérimenté dans l'exploitation lorsque celle-ci est assurée par la société de projet elle-même l'oubli de nouvelles catégories de coût d'exploitation (coûts de maintenance, coûts destinés à respecter les contraintes liées à l'environnement, coûts de personnel, la mauvaise gestion, la corruption etc. La meilleure couverture de ce risque consiste à le reporter sur l'exploitant ou sur les usagers. Le report de ce risque sur les promoteurs peut être impossible lorsqu'une société, autre que celle concessionnaire assure l'exploitation. Dans ce cas, l'exploitant prend en charge l'exploitation du projet en contrepartie d'une rémunération déterminée forfaitairement. Il est par ailleurs, possible de reporter ce risque sur les usagers ou les acheteurs des biens ou services générés par le projet. Cette solution est prévue dans le contrat *take or pay* si l'acheteur et l'utilisateur est la puissance publique concédante ce contrat prévoit l'augmentation du prix d'une part égale à celle du dépassement du coût.

2) Le risque de défaillance des intervenants

322. La période d'exploitation du projet nécessite l'intervention de plusieurs personnes (l'exploitant, actionnaires de la société de projet, fournisseurs de matières premières, les acheteurs ou utilisateurs de produits ou services). Il leur est exigé une capacité technique ou et financière. Ces capacités doivent faire l'objet d'attention de la part de la société de projet. A défaut, les risques défaillance d'un intervenant sont couverts par la garantie des performances bonds.

Mais la période d'exécution doit encore plus les préoccuper.

Paragraphe II : Les risques relatifs à l'environnement d'exécution du projet.

323. Le projet CET, comme les grands projets classiques peut être confronté à des risques politiques et juridiques. Le risque politique revêt une particularité que nous examinerons dans son contenu (A) et les modalités de couverture (B).

liés à des actifs ou passifs financiers dits sous-jacents »³⁵². Les parties devront éviter tout litige en précisant dans le contrat les dates de paiement, les modalités de répartition des gains éventuels résultant du *SWAP* et du paiement intégral des produits, objet du transfert.

3) Le risque de variation du taux d'intérêt

319. Ce risque sera aussi envisagé à travers ses causes et les techniques de couverture. La rémunération des banques prêteuses s'opère par application d'un taux d'intérêt sur le capital des fonds prêtés. Ce taux peut être fixe ou variable³⁵³. Dans la première hypothèse, les banques sont exposées au risque de variation du taux d'intérêt. En effet, la diminution de la perte du rendement peut résulter de hausse des taux d'intérêt. C'est pourquoi, une majorité de prêts bancaires est rémunérée par un taux d'intérêt variable³⁵⁴. Dans cette seconde hypothèse, la société de projet peut subir de perte en raison du risque d'augmentation de taux variable de référence et aussi accroître le montant des intérêts qu'elle sera appelée à payer aux banques. Dans le même esprit que la couverture du risque le taux de change, la société de projet peut échanger le taux fixe contre le taux variable avec un autre opérateur disposant de la même devise. Avec les options elle peut aussi se protéger contre l'évolution défavorable des taux d'intérêt. En effet, les options d'achat donne droit à la société de projet d'acheter un contrat à terme de titres financiers à devenir fixe à une échéance et à un prix déterminé jusqu'à la date d'expiration de l'option. Des options de vente permettent à la société de projet de vendre un contrat à terme de titres financiers à revenu fixe à une échéance et à un prix déterminés jusqu'à la date d'expiration de l'option.

B – Les risques secondaires

320. Pendant l'exploitation, les risques considérés comme secondaires sont ceux du dépassement du coût de fonctionnement des installations et la défaillance des intervenants autre que l'exploitant.

³⁵² Pierre Yves Chabert. Heins, « Heurs et malheurs de la qualification juridique des opérations de SWAPS. RDAI n°1, 1999, p. 21..

³⁵³ Pierre Yves Chabert. Heurs et malheurs de la qualification juridique des opérations de SWAPS. RDAI n°1, 1999, p. 21.

³⁵⁴ Le taux fixe est à l'avantage de la société de projet. Le taux variable est souvent exigé par les prêteurs. Voir. Jean du Pré de Maur, Les euro-crédit financiers. Le point de vue du banquier, Banque n° 331, 2974, p. 670.

Sous paragraphe I : Le risque politique

A – La particularité du risque politique dans le projet CET

Cette particularité transparaît dans la définition du risque politique (1) et des événements générateurs (2).

1) La notion de risque politique

324. La formule CET s'est également utilisée dans les pays en voie de développement foncièrement caractérisés par l'instabilité. Mais ceux-ci ne sont pas les seuls affectés. Même les projets CET menés dans les pays développés peuvent être perturbés par d'autres manifestations du risque politique³⁵⁵.

325. D'après une étude du *Club de Bruxelles*, le risque politique est défini comme « les actions et les politiques gouvernementales ou sociétales ayant ou non pour origine le pays hôte et affectant, soit un groupe soit une majorité d'investissement et d'opération économiques »³⁵⁶. De cette définition, on peut noter que le risque politique ne produit pas que des effets négatifs³⁵⁷. En effet, la modification du système fiscal du pays d'accueil peut apporter des avantages aux investisseurs.

325. Au-delà, cette conception du risque politique est parcellaire parce qu'elle n'appréhende pas le risque politique événementiel³⁵⁸. M. Habib DELONCLE a apporté une touche à cette lacune selon, le risque politique est l'ensemble des événements ou décisions d'ordre politique ou administratif nationales ou internationales pouvant entraîner des pertes économiques, commerciales ou financières pour l'entreprise importatrice, exportatrice ou

³⁵⁵ C'est justement ce qui s'est passé en France à la fin des années 60, lorsque le Général de Gaulle, alors président de la république française avait décidé de construire un hôtel de luxe en plein cœur de Paris. Le gouvernement français a annulé les autorisations administratives qui avaient été accordées au groupe d'investisseurs franco-américains après une réflexion politique survenue en 1971. A ce propos voir Xavier Monsaingeon, Le risque politique dans les financements de projets. MTF n° 11 1989, p.31.

On peut aussi noter que les investisseurs ont compris après la révolution industrielle de la fin des années 1970, la guerre du golfe, et les événements en ex-Yougoslavie et ex-Union soviétique, le rôle actif que joue la politique dans les relations de commerce international et son influence sur les projets exécutés dans les pays étrangers.

³⁵⁶ L'étude du club de Bruxelles sous la direction de Jean Michel Paul investissements et exportations : la gestion des risques politiques Bruxelles, décembre 1993 p. 6. citée par Hacène Benmassour et Corine Vadcar, le risque politique dans le nouveau contexte international 1995, p. 15.

³⁵⁷ Il est ainsi du risque politique par décision. Voir à propos Gabriel Kengue, Le contrat d'assurance-crédit pour la couverture des risques d'exportation. Thèse de Paris V 1996 pp.92et5**.

³⁵⁸ Il s'agit des révolutions, des émeutes, la guerre civile etc.

investissant à l'étranger titulaire de ces contrats.³⁵⁹» Le mérite de cette définition est de ne pas limiter le risque politique au seul risque politique par décision mais surtout de tenir aussi compte du risque événementiel.

326. A la lueur de ces définitions, nous appréhendons le risque politique la réalisation d'un projet ou d'un contrat résultant d'événements ou de décisions prises par une autorité publique (du pays d'accueil ou du pays étranger) et ayant pour effet d'affecter la propriété des actifs d'une société ou de baisser les bénéfices escomptés.

2- Les sources de risque politique

327. Le risque politique est encore mieux appréhendé par les événements susceptibles de le générer³⁶⁰. Le risque politique peut provenir de difficultés sources :

Il s'agit des événements qui peuvent se produire à l'occasion de l'exécution du projet (guerre civile, guerre étrangère, émeute, une révolution coups d'Etat militaires, grève etc.)³⁶¹. Ces événements sont pris en compte en raison des perturbations des défaillances qu'ils font naître dans l'organisation et le fonctionnement de l'Etat ; ce qu'en constitue le risque politique même par essence.

Il peut s'agir aussi des décisions prises par des autorités politiques. Elles portent atteintes aux droits et intérêts de la société concessionnaire. Ces décisions ont souvent des fondements ou des motivations idéologiques³⁶², sociologiques³⁶³ ou enfin économiques³⁶⁴.

Mais de loin, constituant des risques politiques majeurs la nationalisation ou l'exploitation, le changement des conditions du contrat *take ou pay* l'augmentation des charges fiscales et douanières³⁶⁵.

³⁵⁹ Habib DELONCLE, Le risque politique, Revue Assurance, Montreal, Oct. 1991 citée par Hacène BENMANSOUR et Corine VADCAR, op. cit. 1995, p. 16

³⁶⁰ Leur influence peut s'étendre à toutes les sociétés investissant dans le pays d'accueil. C'est le risque macro-politique ou affecter seulement certaines sociétés remplissant des conditions caractéristiques. (c'est le risque micro-politique).

³⁶¹ M. PICARD et ABESSON, Les assurances terrestres, le contrat d'assurance, Tome I. 3^e éd. LGDJ, 1982, p. 318.

³⁶² L'élection ou l'avènement d'un nationaliste à la tête de l'Etat ou du gouvernement prenant des mesures symboliques. C'est le cas par exemple lorsque NASSER arriva au pouvoir et nationalisa le Canal de Suez en 1959.

³⁶³ Il s'agit ici de conflits multiraciaux, interreligieux ou l'activisme de mouvements écologiques

³⁶⁴ Il s'agit des difficultés de la balance des paiements ou une importante récession.

³⁶⁵ M Audras TIMAR évoque, par ailleurs des risques politiques liés au pays d'accueil du projet. « Out break of hostilities, withdrawal or nationalisation of the concession, change in fiscal regime, withdrawal of governmental support or guarantee governmental interference in operation or in tolling policy".

328. En tout état de cause, le risque politique peut avoir des effets sur :

La propriété des actifs de la société de projet (nationalisation du projet la confiscation des actifs du projet)³⁶⁶. Selon le droit international classique, la mesure de nationalisation ou d'expropriation est licite si et seulement si elle est nécessitée par l'intérêt public n'est pas discriminatoire et est immédiatement suivi d'une indemnité prompte adéquate et effective. Les revenus générés par les projets l'autorité publique peut interdire la conversion des recettes générées par le projet de la monnaie locale en devises fortes. Les décisions politiques pourraient enfin affectées les prix es services ou des produits du projet, des matières premières. Elles peuvent faire baisser les prix.

B – La couverture du risque politique

329. Le risque politique affecte inexorablement le projet c'est pourquoi sa couverture s'impose. Il peut envisager les modalités de couverture après une évolution raisonnable.

1) L'évaluation du risque politique

330. L'évaluation du risque politique n'est pas soumise à une règle ou à des modalités strictes. La société de projet devra déterminer une méthode ou une combinaison de méthodes. Elle dispose d'un certain nombre de moyens : le « *grand tour* »³⁶⁷, le *DELPHI*³⁶⁸ et l'identification des éléments qui pourraient affecter l'avenir de la situation politique du pays d'accueil.

331. A l'issue de la détermination de ces éléments, ils sont soumis à l'avis des experts. L'objectif de cette expertise est de permettre à la société de juger de l'acceptabilité du risque. Lorsque le risque s'avère inacceptable certaines solution sont préconisées : l'ouverture du capital à d'autres partenaires afin de la partager, le partage financier, l'apport provisoire dans le capital avec un engagement de rachat par l'un des investisseurs ou par d'autres partenaires

³⁶⁶ Selon le droit international classique, la mesure de nationalisation ou d'expropriation est licite si elle est nécessitée par l'intérêt public, n'est pas discriminatoire et doit être suivi d'un versement d'une indemnité prompte, adéquate et effective.

³⁶⁷ Il consiste en la constitution d'un groupe dont la mission est de faciliter des rencontres avec les acteurs politiques et économiques dans le pays en cause. Ce groupe permet d'avoir une approche générale, globale du contexte politique et économique du pays d'accueil.

³⁶⁸ La méthode DELPHI permet de recourir à des personnes ayant une connaissance profonde et disposant de moyens leur permettant de donner une image plus ou moins fidèle du pays ou du secteur d'activité.

et la sous-capitalisation tout de même si le risque acceptable, la modestie contraint la société de projet à ne couvrir que la proportion raisonnable.

2) Les modalités de couverture du risque politique

332. La société concessionnaire fera recours à des organismes publics d'assurance ou d'organismes internationaux pour la couverture des risques qu'elle ne pourrait pas supporter. Elle peut aussi s'en prémunir par de clauses contractuelles insérées dans le contrat CET. Mais généralement des mécanismes d'assurance crédit dans la plupart des pays, ont vocation de couvrir les différents risques politiques. En effet, les organismes d'assurance crédit prennent en charge les risques liés aux crédits accordés à la société de projet à hauteur de la somme des contrats de fourniture signés avec les fournisseurs d'équipements de leur pays. Si la couverture des risques politiques est plus ou moins bien couverte dans les pays développés, la situation est encore embryonnaire des pays du sud.

a) Les organismes publics d'assurance dans les pays développés

333. Les grands organismes publics d'assurances sont la COFACE en France l'Eximbank aux Etats-Unis ou l'ECGD au Royaume-Uni. En France la garantie publique du risque politique est assurée par deux organismes la COFACE et la BFCE.

La COFACE assure les risques affectant les entreprises françaises exportatrices ou investisseurs à l'étranger qu'il s'agisse de l'assurance crédit à court terme, à moyen terme et le risque politique lié à l'investissement particulièrement les risques politiques assurables par la COFACE sont ceux qui portent atteinte à la propriété (la nationalisation l'expropriation et la confiscation) ceux qui empêchent le transfert de fonds³⁶⁹ revenant à la société de projet la garantie du risque politique de la COFACE est bénéfice est octroyée au cas par cas. Il est tenu compte de l'intérêt ou de la valeur ajoutée par le projet dans l'économie.

334. Toutefois la couverture du risque politique par la COFACE est soumise à certaines conditions : le projet d'investissement doit se dérouler dans un pays où la loi permet la

³⁶⁹ Il s'agit de revenus générés par le projet ou issus de la conversion du cash flow en devise et des fonds relatifs au non-paiement des montants dus à la société de projet en cas de dépossession, de liquidation ou de dividendes couverts V. NU Crédit à l'exportation et financement du développement, système nationaux de crédit à l'exportation, NU 1969, pp41

transmission de créances,³⁷⁰ le recours à l'arbitrage international est obligatoire pour le règlement des litiges de nationalité française n'est exigée³⁷¹.

335. Aux Etats-Unis ; c'est l'Eximbank qui se charge de la garantie pour l'assurance du risque politique³⁷². Eximbank offre aux banques une assurance contre les risques politiques de non-paiement dans le cadre des crédits fournisseurs et des garanties financières pour les crédits acheteurs à moyens et long terme. La garantie est de 100%. Les risques politiques couverts par l'Eximbank sont l'impossibilité de couverture en dollars les recettes ou les revenus du capital de source locale, l'expropriation, la confiscation (sans compensation adéquate) des biens ayant fait l'objet d'investissement et le préjudice causé par une révolution, une insurrection, une rébellion et une guerre civile. Bénéficient de cette assurance, les entreprises de droit américain, les ressortissants américains, les sociétés de personnes et de capitaux étrangères ayant des activités commerciales aux Etats-Unis et les sociétés dont le capital est détenu en totalité par un ou plusieurs ressortissants américains³⁷³.

336. Aux Royaume uni, il y a l'*Export Credits Guarantee Department*³⁷⁴ qui garantit les risques politiques inhérents à l'investissement. Elle couvre aussi la guerre, l'expropriation et les restrictions au rapatriement des fonds. Les bénéficiaires sont les entreprises britanniques investissant directement dans des sociétés étrangères sous forme de prise de participation ou d'un prêt.

b Les garanties multilatérales

338. Sur le plan international, il existe l'Agence aussi multilatérale de Garantie de l'investissement (AMGI)³⁷⁵. L'AMGI « possède la personnalité juridique et elle a, en particulier la capacité de contracter, d'acquérir des biens meubles et immeubles de les aliéner en justice ». Les risques couverts par l'AMGI sont :

³⁷⁰ Serge PAUTOT, L'arbitrage international dans les marchés de travaux internationaux

³⁷¹ L'investisseur peut en bénéficier même s'il conduit une filiale locale pour réaliser le projet ; ce qui est courant dans les projets en BOT ou la société de projet est généralement de droit local. V. Michèle KLEIN, Le système français de garanties des investissements à l'étranger, DPCI, n°1, 1987, p.67.

³⁷² Nations-Unis, op. cit. 1969, p. 95 ; OCDE op. cit., p. 185.

³⁷³ Hacène BENMANSOUR et C VADCAR, op. cit., 1995, p. 115, Nations-Unis op. cit., 1969, p. 97 et OCDE, op. cit. 1987, p. 144.

³⁷⁴ OCDE, Idem.

³⁷⁵ Sur cette convention, cf. Jean TOUSCOZ de l'Agence Multilatérale de garantie des investissements, DPCI n° 2 1987, p. 322. Elle est la plus importante dans le domaine de garantie du risque politique lié à l'investissement à l'étranger mais à la matière des conventions destinées : la convention unifiée sur l'investissement des capitaux dans les pays Arabes signée à Amman le 27 novembre 1980. Elle garantit les risques de nationalisation de l'expropriation et de la rupture du contrat. Elle exige que les mesures décrétées dans l'intérêt du pays soient assorties de versements d'une indemnité et ne doivent pas être discriminatoires.

- le risque de transfert qui tient du fait que le gouvernement du pays d'accueil de l'investissement apporte une restriction au transfert de sa monnaie hors de son territoire dans une monnaie librement utilisable ou acceptable. C'est aussi le fait pour le pays d'accueil de ne pas donner suite ou dans un délai raisonnable à la demande de transfert.
- Le risque d'expropriation et les mesures analogues qui découlent des mesures législatives ou administratives prises par le pays d'accueil et qui priveraient l'investisseur de ses droits³⁷⁶.
- La guerre et les faits analogues.
- Et le risque de rupture du contrat par l'autorité publique du pays d'accueil dans la mesure où l'investisseur ne dispose pas d'autres moyens de recours juridictionnel ou arbitral.

337. Pour couvrir ces risques, la société de projet doit conclure avec l'AMGI un contrat de garantie. A ce sujet, le contrat type élaboré par l'AMGI, exclut toute condamnation de paiement de somme supérieure à la garantie accordée³⁷⁷. Le risque politique peut, enfin, être couvert par des clauses insérées dans le contrat CET et *take or pay*. Ces clauses contractuelles ont pour objet de garantir la convertibilité et le transfert³⁷⁸ des revenus du projet en devise en dehors du pays d'accueil ou d'éviter le risque de façon radicale ; dans la politique, la matière, les droits dus à l'autorité concédante aux termes du contrat *take or pay* sont payés à la société de projet non en monnaie locale mais en devise la banque centrale du pays d'accueil intervient pour garantir inconditionnellement et irrévocablement cette obligation³⁷⁹.

Sous paragraphe II – Les risques juridiques liés au financement du projet CET

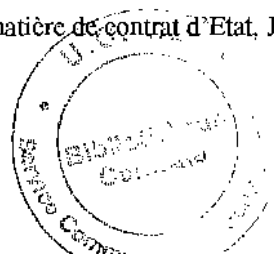
238. Généralement, les promoteurs et les banques s'engagent à réaliser le projet CET dans un environnement juridique inconnu ou parfois mal maîtrisé – Qui plus est, la relation contractuelle est déséquilibrée du fait de la qualité de chacune des parties de leur but et leur pouvoir. En effet, l'Etat partie contractante particulière disposant de la puissance publique

³⁷⁶ Il peut s'agir de saisie, gel des avoirs, la mise sous séquestre. Jean TOUSCOZ, le règlement des différends dans la convention instituant l'Agence Multilatérale de garantie des investissements (AMGI) du développement de l'arbitrage international et de droit des investissements internationaux. Rev-arb. 1998 p. 636.

³⁷⁷ Jean TOUSCOZ, Le règlement des différends dans la convention instituant l'Agence Multilatérale de garantie des investissements (AMGI) du développement de l'arbitrage international et de droit des investissements internationaux. Rev-arb. 1998 p. 636.

³⁷⁸ « L'Etat (...) garantit que, sur toute la durée du contrat de concession, le concessionnaire bénéficiaire de la convertibilité (...) et de la possibilité de transfert à l'étranger des devises ainsi obtenues. » clause citée par Didier LAMETHE, Les relations entre le gouvernement et les entreprises en matière de grands projets d'investissements, JDt, n° 1, 1998, p. 65.

³⁷⁹ Pierre MAYER, La neutralisation du pouvoir nominatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat, JDt, 1986, p.5.



entend conserver, dans cette relation, sa souveraineté. Il s'atèle à rattacher le contrat à sa loi et ses tribunaux³⁸⁰. L'Etat dispose, par ailleurs de prérogatives qui lui permettent de modifier unilatéralement l'environnement juridique du projet. Naturellement, la société de projet de se protéger des effets de cette souveraineté.

Nous envisagerons successivement le contenu de ce risque juridique et les techniques de sa couverture.

A – La notion de risque juridique dans le financement de projet CET.

339. Dans le projet CET, le risque juridique doit être cerné par l'examen de l'environnement juridique du projet et l'étude de ces causes.

1) L'examen de l'environnement juridique

340. La maîtrise de l'environnement juridique du projet est capitale en raison de ce que la plupart des contrats conclus au droit de l'Etat d'accueil de ce projet.

Il ne s'agit donc pas de se limiter aux lois en vigueur mais aussi des règlements administratifs et économiques susceptibles d'être appliqués au projet³⁸¹.

341. L'étude de l'environnement doit prendre en compte : le droit bancaire en raison des crédits (à court, moyen ou long terme ou encore des crédits consortiaux. Le droit bancaire local pourrait révéler des particularités ou méconnaître certaines notions juridiques devant alors nécessiter des montages complexes, les règles du droit des sociétés permettront de déterminer l'étendue de la responsabilité des actionnaires du consortium ; conformément à la forme juridique du consortium constitué, la loi fiscale régissant les modalités de calcul de l'impôt, ainsi que les lois relatives à la protection de l'environnement.

³⁸⁰ Ibid. p. 5

³⁸¹ P.GALETTI recommande de recevoir à un moins deux conseillers juridiques, le second contrôlant les affirmations du premier. Il conclut que « l'expérience montre qu'il est souvent nécessaire de faire appel à un troisième conseiller pour départager les deux premiers à moins que ce dernier ne propose une troisième solution différentes des deux premiers. » in Claude GALETI, Joint-venture de la conception à la réalisation, 1991, p. 151, les éditions d'organisation.

Des démarches peuvent d'être menées auprès des services juridiques de l'ambassade du pays d'accueil.

2) Les causes du risque juridique

342. Rappelons que l'Etat jouit en tant que souverain de prérogatives exceptionnelles. Celles-ci peuvent porter atteinte aux droits de la société concessionnaires. Le risque juridique, en réalité, se localise dans le souveraineté de l'Etat d'accueil eu projet. Le risque juridique se manifestera par l'aléa législatif et l'aléa de la puissance publique³⁸².

a) L'aléa législatif

343. L'aléa législatif est la capacité de l'Etat d'accueil de modifier l'environnement juridique dans lequel le projet s'exécute, par des mesures législatives, constitutionnelles ou réglementaires³⁸³. L'aléa législatif est « la mauvaise surprise d'une aggravation des lois, notamment fiscales, en cours de travaux »³⁸⁴. En d'autres termes, l'aléa législatif est constitué lorsqu'une nouvelle loi est promulguée ou des lois existantes sont modifiées pendant l'exécution du projet de telle sorte que la société de projet voit ses droits diminuer ou ses obligations augmenter. Les promoteurs et les prêteurs peuvent donc prévoir ou définir les moyens qui permettent d'atteindre de tels objectifs³⁸⁵. Il s'agit donc de toute action unilatérale de la part des autorités nationales ou régionales ayant pour effet de modifier le cadre législatif et réglementaire du projet. Mais il convient de noter que ces mesures édictées par l'Etat d'accueil se fondent sur son droit interne et le droit international³⁸⁶. C'est pourquoi celles-ci ne peuvent être considérées comme une violation du contrat dont l'Etat est partie³⁸⁷, en raison du fait que l'Etat « fait usage de pouvoir qui s'inscrivent en dehors du domaine contractuel³⁸⁸ et surcroît, « l'activité normative échappe par essence en domaine de la *lex contractus*.³⁸⁹ »

³⁸² Il en est ainsi du « *floating charge over an asset* » du droit anglais et qui donne à son détenteur le droit de disposer de l'actif à tout moment de la vie du projet. Cette notion est inconnue du droit franco-africain. Voir David CORCHIA et Ivan BENCHOU, op. cit., 1996, p. 146.

³⁸³ Ces modifications pourraient atteindre la législation douanière, monétaire ou fiscale.

³⁸⁴ Jean Flavien LALIVE, Contrats entre Etat et entreprise étatique et personnes privées. Rec-Conrs la HAYE, III, III, 1983, p. 59.

³⁸⁵ Il en est ainsi de l'article 16-1 du contrat de la construction et l'exploitation du Snez Golf en Egypte. Cet article stipule : « *A change in Law means (a) the adoption, promulgation, modification, repeal or reinterpretation after the effective date by governmental entity of any law of Egypt including, without limitation, a decision of a governmental (...) the imposition after the effective date by a governmental entity (...)* ».

³⁸⁶ Voir à ce propos les résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies en matière de souveraineté de l'Etat sur ses ressources naturelles notamment la Résolution 1803 qui confère à l'Etat un droit intégral d'exercice de sa souveraineté permanente sur ses ressources naturelles cité par Jean-Flavien LALIVE op. cit., 1983, p. 109.

³⁸⁷ Dominique BERLIN, Les contrats d'Etat, « *state contracts* » et la protection des investissements internationaux, DPCI n° 2, 1983, p. 232.

³⁸⁸ Pierre Yves Tschanz, Contrats d'Etat et menues unilatérales de l'Etat devant l'article international, Rev. crit. DIP, 1985, p. 83.

³⁸⁹ Pierre MAYER, op. cit., 1986, p. 35.

344. de ces mesures est, en fait, de priver la société de projet des droits conférés par les lois et règlements en vigueur lors de la conclusion du contrat, ou encore restreindre les pouvoirs de décision des actionnaires de la société de projet. Les dites mesures peuvent être prises dans une loi simple ou une loi de police. L'application de nouvelles lois de police peut être inévitable à condition que leur intervention soit raisonnablement possible et non discriminatoire³⁹⁰. L'arbitre « doit s'assurer que la finalité de la mesure édictée conserve sa légitimité dans son application au contrat.³⁹¹ » M. Mayer renchérit « le but que ces lois poursuivent ne doit pas non plus être déraisonnable et leur objet ne doit pas conférer à l'Etat les avantages au détriment de son contractant³⁹². Mais cette intervention législative de l'Etat est concevable à certains égards. Tout d'abord à l'égard de la loi applicable au contrat la soumission du contrat à une loi autre que la sienne ou l'acceptation de la clause compromissoire avec l'obligation de les appliquer rétroactivement aux contrats déjà conclus. A l'égard, ensuite de l'exécution du contrat, ces nouvelles pourraient avoir pour effet de dispenser l'entreprise publique de payer sa dette³⁹³, de l'interdire de transférer les devises nécessaires ou de suspendre l'exécution du contrat³⁹⁴. L'aléa législatif est enfin, possible dans le domaine fiscal.

b) L'aléa de la puissance publique

345. L'aléa de la puissance publique résulte des prérogatives que possède l'Etat d'accueil. Cet aléa recouvre « le pouvoir, pour l'Etat d'accueil, de modifier unilatéralement certaines dispositions du contrat ou même de le résilier avant le terme qu'il a fixé³⁹⁵. Il est indéniable que l'Etat d'accueil peut mettre fin unilatéralement au contrat CET en tant que contrat d'Etat. Cette capacité lui est reconnue par les sentences arbitrales décidant que l'Etat peut résilier ou

³⁹⁰ Ibid., p. 49.

³⁹¹ Ibid., p. 49.

³⁹² Pierre Mayer, op. cit., 1986, p. 52.

³⁹³ Le Gouvernement Grec a édicté un moratoire illimité au profit de la Banque nationale l'affaire banque nationale de Grèce et d'Athènes, citée par P. MAYER, op. cit., 1986, p. 66.

³⁹⁴ Une affaire, très illustrative, concernait une décision de refus de paiement du prix des produits pétroliers de la part d'une entreprise publique d'un Etat africain à une entreprise étrangère. L'entreprise africaine avait fondé sa position sur le refus d'autorisation de transfert imposé par les autorités compétentes notamment, la Banque centrale, dans le domaine de change. Cette affaire a fait l'objet d'une sentence de la CCI en 1979 dans l'affaire 3093/3100, JDI 1980, p. 95 et observation DERAIS.

³⁹⁵ C'est le cas du décret présidentiel de 1981 autorisant la banque centrale du Costa Rica à suspendre tout remboursement de la dette extérieure due par les institutions publiques et bancaires du Costa Rica » cité par Dominique Berlin op. cit., 1987 p 232 note 134.

modifier le contrat³⁹⁶. Cette modification est également reconnue par les conventions bilatérales d'investissement³⁹⁷. Mais si l'Etat a le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat, ce pouvoir est limité par certaines exigences. La résiliation doit être motivée par les considérations d'intérêt public, la décision doit être signifiée à la société de projet de façon claire et expresse ; la société de projet doit enfin recevoir une compensation juste et équitable. Cette indemnisation doit comprendre les gains futurs (*lucrum cessans*) et non se limiter à la réparation du préjudice subi.

B- La prévention du risque juridique

346. Le risque majeur réside dans le changement de la législation. Ce risque peut être endigué ou prévenu par des moyens (également) juridiques. Mais, il convient de tenir compte de la qualité de la partie avec laquelle la société concessionnaire a conclu le contrat : l'Etat lui-même ou l'une de ses entreprises publiques.

1) La prévention des risques juridiques en cas de contrat CET conclu avec l'Etat lui-même

347. En guise de solution à ses appréhensions et inquiétudes, la société de projet cherche à neutraliser le pouvoir normatif de l'Etat d'accueil³⁹⁸. La société concessionnaire vise à insérer dans le contrat des clauses dites d'intangibilité et de stabilisation.

Nous aborderons successivement leur définition, leur qualification et leur validité.

³⁹⁶ Sentence arbitrale du 21 Novembre 1984 dans l'*Affaire AMCO*: « *this is the fundamental principle of the right of a sovereign state to nationalize or expropriate property, including contractual rights previously granted by itself even if they belong to aliens by now clearly admitted in national legal systems as well as international law* ». V. la sentence arbitrale ad hoc du 24 mars 1982 dans l'*Affaire Aminoil c/ Koweït* qui décida que « sans aucun doute, les limitations contractuelles du droit de l'Etat de nationaliser sont juridiquement possibles mais cela impliquerait un engagement particulièrement grave qui devrait se conformer aux règles régissant la conclusion de contrats avec un Etat. » citées par Dominique Berlin op. cit. 1987, p 212.

³⁹⁷ Ces conventions mettent en place des règles d'évaluation des biens nationalisés ou expropriés et des procédures d'indemnisation des biens nationalisés ou expropriés et des procédures d'indemnisation voir P. Julliard, " Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France, IDI, 1979 pp 274 et investissement étrangers JDI 1986, pp 579 et S

³⁹⁸ Pierre Mayer, op. cit 1986 p.6

a) **La définition des clauses de stabilisation et d'intangibilité**³⁹⁹

348. Les clauses de stabilisation et d'intangibilité ont pour objet de protéger la société concessionnaire de l'aléa législatif et de puissance publique résultant de la souveraineté de l'Etat contractant. Les clauses de stabilisation visent le gel « de la législation nationale du pays hôte dans l'Etat où elle se trouve à la date de la conclusion du contrat et (...) de limiter l'exercice par l'Etat de sa compétence législative⁴⁰⁰ ». Les clauses d'intangibilité par contre ont pour but « de mettre l'investisseur à l'abri des pouvoirs exorbitants que l'Etat-hôte peut tenir de son droit national à l'égard de ses contractants ».

349. En vertu de la première clause, l'Etat d'accueil garantit à la société concessionnaire de ne pas changer ou modifier les législations qui touchent directement ou indirectement le contrat au moment de la conclusion du contrat. Elle permet de limiter l'exercice de la souveraineté et de ses prérogatives par avance. Si en vertu de la clause de stabilisation, l'Etat s'engage à ne pas appliquer de nouvelles lois au contrat, dans la clause d'intangibilité, il renonce à mettre en œuvre ses prérogatives de puissance publique unilatéralement⁴⁰¹. M. Philippe KAHN estime que la cloison entre les deux clauses n'est pas aussi étanche. Selon l'auteur, « l'étendue des clauses de stabilisation aboutit, au fait, à rendre le contrat intangible puisque les réglementations nouvelles lui sont inapplicables et une clause de stabilisation ne donne une garantie de sécurité que si elle est intangible⁴⁰² ».

Nonobstant cette nuance, il convient de noter que les clauses de stabilisation⁴⁰³, d'intangibilité et législative⁴⁰⁴ se distinguent les unes des autres ; et elles se fondent sur la liberté dont disposent les parties au contrat de choisir la loi applicable au contrat⁴⁰⁵.

³⁹⁹ Voir Prosper WEIL, 'Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économiques', Mélanges Rousseau, Paris Pédone, 1974, p. 301 et s ; Nicolas DAVID, 'Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien JDI 1986, pp 79 et s. Jean Michel JACQUET, 'L'Etat opérateur du commerce international' JDI 1989 pp 662 et s etc

⁴⁰⁰ *Idem* P 308

⁴⁰¹ *Idem*

⁴⁰² M. KHAN 'Contrats d'Etat et nationalisation, les rapports de la sentence arbitrale du 24 Mars 1982' JDI 1982 P 849.

⁴⁰³ Elles peuvent présenter des formes diverses. Ainsi l'art 6 de la Convention Congo / Compagnie des potasses du Congo prévoit que l'Etat garantit « pour la durée de la présente convention la stabilité des conditions générales, juridiques, économiques, financières et fiscales...telles que ces conditions résultent de la législation et de la réglementation en vigueur à la date de la signature de la présente convention ». Dans la convention Togo – Société minière du Bénin, l'art 14 prévoit qu'au cas où interviendrait des modifications d'ordre législatif ou réglementaire de la compétence de la République autonome du Togo, celle-ci s'engage à maintenir par dérogation expresse au profit de la société minière du Bénin, sauf si celle-ci demandait à se prévaloir des nouvelles dispositions. Le bénéfice des dispositions antérieures concernant le régime des substances minérales et des droits mineurs correspondants (...) (cités par Prosper WEIL op cit p 309 note 22 et p 310 note 23.)

b - La nature juridique des clauses de stabilisation et d'intangibilité

349. Le débat sur la question a permis de révéler deux opinions. En effet, les tenants d'une première conception estiment que les clauses de stabilisation ont pour effet d'incorporer la loi applicable dans le contrat ou de ramener cette loi au rang de stipulation contractuelle. Elle serait alors déchu de sa qualité et attribut de loi. En revanche, pour les seconds, la clause de stabilisation constitue une exception au principe du droit commun de l'application immédiate de la loi nouvelle jugée impérative.

350. A la vérité, la première conception se focalise sur la finalité des clauses de stabilisation. Elles assurent à l'investisseur la protection contre toutes dispositions de lois ultérieures qui porteraient atteinte à ses intérêts. Cet objectif peut être atteint par le biais de deux techniques juridiques. D'abord, l'incorporation de la loi nationale de l'Etat contractant dans le contrat lui-même⁴⁰⁶. La loi nationale de l'Etat contractant ne peut pas être interprétée comme un droit étatique en tant que tel, mais plutôt comme une disposition choisie par les parties pour régir leurs relations et faisant partie intégrante du corpus de la convention. Mais est-ce pour autant que le risque juridique, aléa législatif et de puissance publique, soit résolu ? L'incorporation de la loi étatique dans le contrat ne le soumet-elle donc pas à une réglementation ou une législation impérative ultérieure ?

351. La deuxième technique juridique est la clause d'inopposabilité. C'est une technique⁴⁰⁷ par laquelle l'Etat s'engage à n'appliquer au contrat aucune modification éventuelle de sa législation. Cette deuxième technique répond certainement aux objectifs des parties en évitant au co-contractant privé de subir les manifestations des prérogatives de puissance publique de la partie étatique ; même si, dans cette hypothèse, le co-contractant privé pourrait ne pas bénéficier des avantages découlant d'une législation antérieure⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Par exemple la loi iranienne qui dispose que « toutes modifications ou changement des conditions juridiques en vigueur à la date de la signature du contrat de concession ne seront pas applicables à ce dernier » ; ainsi que l'article 24 de la loi libyenne de 1955 qui dispose que « « seront inapplicables toutes modifications ultérieures de cette loi aux concessions en cours » (cités par P. Well op cit 1974 p 305

⁴⁰⁵ Règle reconnue par les principes du droit international privé.

⁴⁰⁶ Patrick Courbe, "Les objectifs temporels des règles de droit international privé", PUF, 1981, p 399

⁴⁰⁷ Jean-Christophe Pommier, "Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel"

⁴⁰⁸ Un conflit latent, certainement, sur le fondement d'une contradiction entre les stipulations contractuelles et les dispositions de conventions bilatérales sur les investissements et le code des investissements. Le co-contractant fera alors appel au principe de non discrimination. La solution viendrait aussi de la clause *pari passu*.

c) La validité des clauses de stabilisation et d'intangibilité

352. La question de la validité des clauses de stabilisation a soulevé une controverse doctrinale et des difficultés en matière arbitrale. Il est évident qu'il ne peut qu'en être ainsi du fait que ces clauses provoquent la confrontation entre les principales dispositions juridiques applicables aux contrats internationaux⁴⁰⁹ et la notion de souveraineté de l'Etat⁴¹⁰.

353. Selon l'opinion prépondérante, ces clauses sont juridiquement valables et produisent des effets à l'égard de l'Etat contractant. Cette opinion se fonde sur la théorie du contrat sans loi, c'est-à-dire que ces clauses sont valables sans aucune référence à un système juridique. Selon cette doctrine, ces clauses constituent des règles matérielles du droit privé, public ou économiques et des règles matérielles d'application immédiate⁴¹¹. Ces clauses ont alors le même statut que les clauses compromissoires et les clauses or ou les clauses valeur or dans les emprunts internationaux. Elles sont valables par elles-mêmes⁴¹².

2) La prévention de l'aléa législatif et de la puissance publique en cas de conclusion du contrat avec une émanation de l'Etat

353. Les inquiétudes du co-contractant privé de l'Etat ne peuvent trouver juste et apaisante solution comme dans le cas précédent si ce dernier est en relation avec une émanation de l'Etat. Il ne peut solliciter de celle-ci une stabilité de la législation. L'entreprise publique, émanation de l'Etat, ne peut garantir cette stabilité du cadre législatif du projet. On pourrait trouver à objecter sur une pareille garantie. Ce qui paraît une solution plus judicieuse est, pour les promoteurs du projet, d'obliger l'autorité publique concédante à compenser toute perte résultant de toute modification législative ou réglementaire ou à renégocier le contrat.

a) La solution compensatoire

355. En vertu de ce que l'entreprise publique ou l'émanation de l'Etat n'a pas directement le pouvoir de garantir la stabilité législative ou réglementaire, les promoteurs du projet

⁴⁰⁹ Il s'agit de *Pacta Sunt Servanda*, de la bonne foi etc.

⁴¹⁰ Fouad Riad, Les contrats de développement et arbitrage international, Revue égyptienne de droit international, V-42, 1986, p 253

⁴¹¹ Philippe KAHN, op cit 1982 p 850

⁴¹² La solution possible consiste à détacher ces clauses de l'ensemble du contrat tout comme la jurisprudence l'a admis pour la clause compromissoire dans les contrats internationaux. Voir Philippe KAHN, op cit, 1982 p 850.

recourent aux stipulations contractuelles en obligeant l'entreprise ou l'organisme public à indemniser la société concessionnaire pour toute augmentation des charges fiscales ou douanières par le versement d'un montant égal⁴¹³. C'est la solution adoptée par la majorité des contrats CET conclus par les entreprises ou des organismes publics en Egypte. Par exemple, l'article 165 du contrat CET de la construction et l'exploitation de la génératrice électrique Suez Gulf stipule que « (...) *in the event that a change in law occur that (i) contributes to a change in costs through an increase or in costs or (ii) requires a statutory modification, EEA (l'organisme public de l'électricité) shall make an adjustment to the price under schedule 7 of this agreement in an amount that allows the company to recover the costs (including financing costs associated with fully funding the change in costs, whether funded through debt financing securitized with the capacity purchase price adjustment or otherwise) to be incurred in complying with the change in law and the costs (including financing costs associated with fully funding the statutory modification, whether funded through debt financing the statutory modification, whether funded through debt financing securitized with the capacity purchase price adjustment or otherwise) to be incurred in effecting the statutory modification*⁴¹⁴ (...) »

b) La renégociation du contrat

356. Ultiment, les parties peuvent prévoir la renégociation du contrat pour éviter les conséquences des bouleversements que pourraient provoquer la modification des lois ou règlements en vigueur. A cet effet, la clause de *hardship*⁴¹⁵ permet d'atteindre cet objectif. La clause de *hardship* est « la clause aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (*hardship*) injuste⁴¹⁶ ».

⁴¹³ Pierre Mayer, op cit 1986 p 22

⁴¹⁴ Voir aussi l'article 2 des contrats CET de la construction et l'exploitation de l'aéroport de Marsa alam, de l'aéroport de Ras Sedr, de l'aéroport d'Alamaine en Egypte.

L'article 70.2 des Conditions FIDIC prévoit la même solution : l'indemnisation égale au pourcentage d'augmentation des charges fiscales ou douanières dépassant les charges résultant de la législation en vigueur à la date de l'offre et de son adjudication. La même solution a été aussi adoptée par l'article 13.7 des Conditions du Silver Book.

⁴¹⁵ On emploie aussi les termes clauses d'imprévision, clauses de révision. Voir Marcel FONTAINE, Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clause, FEDUCI, 1980 p 260

⁴¹⁶ Bruno OPPETIT, "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstance : la clause de « *hardship* », JDI, 1974 p 797. Cette clause diffère de la clause de force majeure. Celle-ci énumère des

357. Fondamentalement, le changement dont il s'agit est celui qui perturbe les données sur la base desquelles les parties ont contracté⁴¹⁷ et il doit entraîner des conséquences sur l'économie du contrat. Il en est aussi dans le cadre du projet VALCO au Ghana⁴¹⁸.

Le déséquilibre était perçu à l'égard du prix payé par VALCO (Volta Aluminium Company) pour l'électricité fournie par la VRA (Volta River Authority). C'est pourquoi, la Banque Mondiale et le Ghana ont convenu que le prix payé par VALCO n'est pas acceptable à cause des modifications importantes des circonstances dans le secteur énergétique. Les actionnaires de la VALCO se sont vu alors imposés la renégociation des contrats conclus avec le gouvernement du Ghana. En outre, le changement des circonstances ou des données initiales pourrait résulter de la modification du système monétaire, du bouleversement des priorités du pays d'accueil du projet. Lorsqu'enfin, les conditions de la clause de *hardship* sont remplies, la partie préjudiciée par la circonstance avise son contractant afin de déterminer le moyen approprié pour remédier à la situation préjudiciable. En cas d'échec, la clause d'arbitrage sera mise en jeu. Le contrat « reste en vigueur et s'impose toujours aux parties⁴¹⁹ »

Malgré les fortes prévisions de cash flow garantissant le remboursement, les promoteurs exigeront la mise en place de sûretés contractuelles.

Section II : Les garanties de remboursements des banques prêteuses

358. La réalisation de projet sous la forme contractuelle de CET comporte, inéluctablement, des risques. Lesquels risques mettent en péril le *cash flow* généré par le projet. Ce risque compromet le remboursement des banques ne disposant d'aucun recours contre la société de projet ou le pays d'accueil en cas d'insuffisance des recettes pour restituer leurs capitaux. Les banques s'efforceront alors de mettre sur place un *security package*⁴²⁰. Cette garantie est accordée nonobstant les sûretés négatives ou la clause *pari passu* par laquelle la société concessionnaire garantit aux dettes découlant de la convention de crédit le même rang que toutes ses autres dettes. La portée de ces garanties varie selon l'époque du projet.

événements constitutifs d'un cas de force majeure. Elle diffère également de la clause de révision qui « précise en générale le seuil de résistibilité en fonction de l'intervention de modifications bien déterminées », Bruno OPPETIT, op cit 1974 p 800.

⁴¹⁷ Ibidem p 802

⁴¹⁸ Il s'agit du projet de construction du barrage et de la centrale de VRA.

⁴¹⁹ Bruno OPPETIT, op cit 1974 p 805

⁴²⁰ Il s'agit, en fait d'un ensemble de garanties ; variées dans le droit anglais et américain

359. Pendant la phase de construction, elles se fondent sur des actifs de la société concessionnaire (paragraphe I) alors qu'au cours de la période d'exploitation, elles s'appuient sur les recettes générées par le projet (paragraphe II).

Paragraphe I : Les garanties relatives aux actifs de la société de projet pendant la phase de construction

360. Le financement de projet CET est un financement sans recours ou à recours limité. En effet, les prêteurs se font rembourser uniquement sur le *cash flow* généré par le projet. Alors que si le projet, pendant la phase de construction, ne génère pas de recettes, les banques, à l'instar des financements classiques, couvrent les risques qui pourraient survenir par des garanties directes sur les actifs du projet. Elles prennent, ici, la forme de sûretés réelles (Sous paragraphe I) ou de sûretés personnelles (sous paragraphe II)

Sous paragraphe I : Les actifs du projet, objet de sûretés réelles

361. Les sûretés réelles constituées se limitent aux actifs de la société et ne s'étendent donc pas aux actifs relatifs extérieurs et possédés par les promoteurs⁴²¹.

Nous abordons les avantages et inconvénients de ces sûretés avant d'appréhender les sûretés réelles les plus usitées.

A - Avantages et inconvénients des sûretés réelles dans les projets CET

362. L'objectif nourri par le recours aux sûretés est d'assurer le remboursement des prêteurs même en cas de faillite ou d'insolvabilité de la société de projet⁴²². Ainsi les banques peuvent demander l'attribution de l'équipement lorsqu'elles bénéficient de nantissement⁴²³ sur l'outillage et le matériel. Elles éviteraient alors le concours des autres créanciers.

363. Lorsqu'elles sont créancières hypothécaires, suite à des hypothèques constituées sur les immeubles du projet, en cas de vente des immeubles grevés de l'hypothèque, elles

⁴²¹ Si leurs actifs devaient servir garanties, on est alors dans l'hypothèse d'un financement classique.

⁴²² Roger Houin, "L'évolution du droit des sûretés", in L'évolution du droit des sûretés Colloque de Deanville des 13 et 14 Juin 1981. RJ com Numéro spécial 1982 p 7

⁴²³ Ce nantissement est organisé par l'Acte Uniforme portant droit des sûretés dans le cadre de l'OHADA en ses articles et la loi N° 51 du 18 Janvier 1981 en France.

jouissent du droit de paiement préférentiel sur le prix de la chose vendue. Cette hypothèque empêche par elle-même les autres créanciers de la société de projet de faire inscrire en premier rang une hypothèque judiciaire⁴²⁴. En outre, l'hypothèque est un instrument de contrôle de l'évolution du projet. Car la valeur des immeubles égale très rarement le montant de la créance ; et que si le projet va mal c'est que ses installations ne sont pas rentables et ne valent pas grand chose⁴²⁵.

En définitive, les sûretés réelles protègent les banques prêteuses contre la rigueur du principe de partage au *Marc le franc*⁴²⁶.

364. Malgré ses avantages indéniables, les sûretés réelles semblent inadaptées dans les projets CET. Le financement de projet CET est relatif à des investissements dans le domaine public. Or, il est juridiquement difficile d'établir des sûretés sur des biens appartenant au domaine public dans le droit franco-africain⁴²⁷. Les principes du droit administratif interdisent de saisir les biens nécessaires à la continuité du service public. Alors, les banques, en tant que créanciers gagistes, ne peuvent pas mettre en vente ou s'approprier les actifs du projet. C'est la raison pour laquelle, en toute logique, le contrat de concession stipule généralement que les équipements à réaliser seront intégrés au domaine public. A supposer que la saisissabilité des biens du projet, la réalisation de ces sûretés va se révéler coûteux ; et faire perdre ainsi la valeur escomptée. Aussi, les systèmes nationaux de droit international privé soumettent-ils les sûretés à la loi de situation des biens (*lex rei sitae*). Dès lors, les banques ; à l'occasion de l'exécution forcée des sûretés, auront à faire face à une non reconnaissance par le juge étatique des formules adoptées de systèmes étrangers⁴²⁸. Il est alors recommandable aux banques d'établir des sûretés conformément aux dispositions de droit du pays d'accueil. Il est également possible que l'objet des sûretés réelles disparaisse⁴²⁹ soit par incendie ou suite à des dégâts d'eaux. C'est pourquoi, un examen de la qualité des polices d'assurance est indispensable⁴³⁰. Dans cette hypothèse, le droit de préférence dont bénéficient les banques

⁴²⁴ Voir aussi sur les avantages et inconvénients des sûretés réelles sur les actifs de la société John RIGGS, Innovations des financements de projet. Les acteurs sur le marché international et en France et les modifications de l'environnement juridique ; Banque et Droit, N° 19, 1991 pp 177

⁴²⁵ Marc Tabouis, Pour le financement des infrastructures, Banque N° 562 p 53.

⁴²⁶ Puis qu'elles supposent un droit préférentiel sur les bien objets de la sûreté.

⁴²⁷ Le droit anglais ne connaît pas cette règle. Il est alors possible d'établir des sûretés réelles. Voir Michel GOLDSMITH, "Les concessions dans les financements de projets au Royaume-Uni", MTF N° 53 p 16.

⁴²⁸ Claude Reymond, "Comment passent elles les frontières ? Les sûretés (colloque de Bruxelles) FEDUCI, 1984 p 504

⁴²⁹ Patrick VLANOUWSKA, , "Le rôle de l'assurance dans le financement du projet". MTF N° 11 1985 p 16

⁴³⁰ Dans le projet d'Eurotunnel, pendant la phase de construction, une police d'assurance regroupant trois sections a été souscrite : responsabilité civile pour les dommages causés aux tiers, tous risques de dommages ou petits subis par le projet (inondation, incendie, effondrement etc), et retard de mise en service.

sera-t-il reporté ou non sur l'indemnité d'assurance ? Finalement, les banques, en évitant les autres créanciers de la société de projet, n'échapperont pas à la concurrence des autres créanciers titulaires de sûretés réelles de même nature. Eventuellement ici, le recours à la clause *pari passu* jouera un rôle primordial.

B Les sûretés réelles habituelles

365. Il y a des sûretés réelles avec et sans dépossession. Le gage et la rétention ne peuvent répondre aux objectifs du projet parce qu'ils priveraient la société de projet de l'utilisation des biens. Il est fréquemment fait recours dans les projets CET à l'hypothèque et au nantissement⁴³¹.

1 L'hypothèque dans le projet CET

366. Les événements qui pourraient subvenir et la logique imposent le recours à l'hypothèque immobilière au profit des banques prêteuses. Il en est aussi, du fait que pendant la construction, le projet ne génère pas de revenus, et en principe les banques ne peuvent recouvrer ni à l'Etat d'accueil ni aux promoteurs⁴³². L'hypothèque confère aux banques deux droits⁴³³ : un droit de préférence permettant aux banques prêteuses bénéficiaires d'être payées avant les créanciers chirographaires et les créanciers de rang inférieur de la société de projet sur la totalité de la valeur des immeubles hypothéqués et un droit de suite leur permettant de saisir les biens entre les mains d'un tiers détenteur.

Une attribution judiciaire est même possible en cas de liquidation de la société de projet⁴³⁴, ou encore les banques et la société de projet peuvent convenir la possibilité pour les banques de s'approprier les biens⁴³⁵ hypothéqués en cas de défaillances de la société de projet⁴³⁶. L'efficacité de l'hypothèque est conditionnée à la réalisation de formalités de publication.

⁴³¹ Michel Vasseur, "Les garanties indirectes du banquier", in l'évolution du droit des sûretés, Colloque de Deauville t3 et t4 Juin 1981 RJ com N° spécial 1982 p 204

⁴³² A moins d'avoir exigé d'eux certaines garanties spécifiques le recours à cette sûreté n'est pas remis en cause

⁴³³ Article 2114 code civil français ou art 117 à 146 AUDS de l'OHADA.

⁴³⁴ Dominique LEGEAS, "Sûreté et garanties du crédit", LGDJ, 1996, p 257

⁴³⁵ Cela est possible puisque, l'Acte uniforme ou le code civil français ne prohibe pas le pacte commissaire en matière d'hypothèque comme il le fait en matière de gage.

⁴³⁶ Comme c'est le cas en matière de *gage* contrairement au *floating charge* du droit anglais, qui comporte tous les biens meubles et meubles présents et futurs, l'objet de l'hypothèque en droit franco africain ne concerne que les immeubles présents car les biens à venir ne peuvent être hypothéqués. Voir article 2130 code civil français ou article acte uniforme portant droit des sûretés. Toutefois, le débiteur peut consentir à ce que chacun

2 Le nantissement

367. Cette garantie a été utilisée dans plusieurs projets importants⁴³⁷. Le nantissement peut porter sur les biens corporels ou incorporels. Lorsque le nantissement porte sur des biens corporels, il ne nécessite pas une dépossession. Il en est ainsi du nantissement de l'outillage et de matériel d'équipements. Ce nantissement⁴³⁸ donne le privilège à la société concessionnaire de continuer à utiliser l'outillage et le matériel en faisant objet.

Le régime du nantissement est plus rigoureux que celui de l'hypothèque. En effet, la société concessionnaire ne peut librement disposer ni déplacer les biens objets du nantissement sans le consentement des banques bénéficiaires ou le cas échéant le juge. Aussi le nantissement peut être consenti par acte authentique ou par acte sous seing privé⁴³⁹. Dans le financement de projet CET, le nantissement peut soulever un certain nombre de difficultés. Généralement les contrats de fournitures entre la société de projet et des fournisseurs contiennent une clause de réserve de propriété en faveur de lorsque le nantissement porte sur les biens incorporels, ce sont les comptes bancaires et les actions de la société de projet qui ont en font l'objet.

368. Le nantissement des comptes bancaires est le contrat par lequel la société le projet affecte le montant figurant dans le compte de revenus⁴⁴⁰ et de réserve⁴⁴¹ pour garantir le remboursement des prêts bancaires. L'efficacité de cette sûreté dépend du respect des règles particulières⁴⁴².

369. Le nantissement des actions, quant à lui doit être déclaré par la société concessionnaire ; et les actions en faisant l'objet virées sur un compte spécial ouvert au de la société concessionnaire. Elle reste titulaire des actions nanties et possède tous les droits pécuniaires et non pécuniaires. Les banques peuvent renforcer leur position par des clauses particulières leur permettant d'affecter les dividendes des actions au paiement de leurs

des biens qu'il acquerra par la suite puisse être affecté au paiement de la créance au fur et à mesure des acquisitions voir art. 2130 c. civ.

⁴³⁷ Notamment le projet de l'Ilmenite à fort Dauphin (Madagascar) pour la garantie de remboursement des prêts bancaires. En effet, le contrat en BOT prévoit en son art 17 t 4 que « les prêts sont garantis seulement par les biens, droits, titres de QMN SA et si nécessaire par le nantissement d'actions du capital social de QMN SA détenus par les actionnaires de QMN SA » (cité par Mare Frilet, "Le projet Ilmenite à Fort Dauphin Madagascar, "Recherche de sécurité juridique à long terme pour les grands projets d'infrastructure en financement privé en Afrique", RDAI N°6, 1999 p 624.

⁴³⁸ Il doit également faire l'objet d'une publicité c'est-à-dire d'une inscription au registre de commerce et du crédit mobilier (RCCM) tenu au greffe du tribunal de commerce (articleacte uniforme)

⁴³⁹ Ce qui n'est pas le cas de l'hypothèque

⁴⁴⁰ Le compte de revenu est le compte dans l'assiette duquel les revenus générés par le projet sont versés.

⁴⁴¹ Le compte de réserve est constitué par la société de projet dont le solde doit être créancier d'une somme supérieure au service de la dette

⁴⁴² Dominique LEGEALS, sûretés et garanties du crédits op cit 1996 p 232

créances, d'obliger la société de projet de s'abstenir de voter en leur défaveur ou de désigner un observateur de gestion⁴⁴³.

Sous paragraphe II : Les sûretés personnelles dans le projet CET

370. Ces sûretés viennent, en fait, compléter les sûretés réelles pour renforcer les droits des banques en raison de la complexité et de procédures de mise en œuvre de ces dernières diversement utilisées (B). Les sûretés personnelles présentent aussi des avantages et inconvénients (A)

A Les avantages et inconvénients des sûretés personnelles

371. Les sûretés personnelles présentent aux promoteurs et aux banques les avantages certains. Elles sont caractérisées par leur souplesse de constitution⁴⁴⁴. Elles augmentent les capacités d'emprunt de la société de projet car n'exigeant pas d'immobilisation de valeurs patrimoniales. Elles protègent les banques prêteuses dans la mesure où elle se sera caractérisent par l'accroissement du droit du gage général⁴⁴⁵ dont bénéficie les prêteurs vis-à-vis de la société le projet. Les banques peuvent poursuivre la caution en cas de défaillances de la société. Enfin, les sûretés personnelles évitent aux prêteurs les inconvénients relatifs à la forme sociétaire⁴⁴⁶. La sûreté vient compléter la limitation de la responsabilité dans les sociétés de capitaux. L'inconvénient le plus probable est la faillite du gérant qui met en cause le remboursement des banques prêteuses. Il est donc indispensable de combiner les deux types de sûretés (réelles et personnelles) dans le cadre du financement de projets CET.

B- Les sûretés personnelles habituelles

Il est fréquemment fait recours au cautionnement et à la lettre de confort.

⁴⁴³ Elles doivent tout de même inter d'exercer ce droit à toute occasion pour ne pas être considéré comme dirigeant le fait.

⁴⁴⁴ Leur constitution ne nécessitent pas une publicité ou un enregistrement la société de projet évite ainsi les frais élevés des procédures et les démarches imposées par les droits nationaux.

⁴⁴⁵ Christian Mouly, "Les sûretés personnelles traditionnelles en droit français", in Les sûretés (colloque de Bruxelles) 1983 FEDUCI 1984 p 130

⁴⁴⁶ Dans la SA ou la SARL, chaque associé est responsable des dettes sociales dans les limites du montant de ses apports

1 Le cautionnement

372. Le cautionnement est un contrat par lequel une personne (le gérant) garantit l'exécution d'une obligation, en s'engageant envers le créancier (les prêteurs) à satisfaire à cette obligation, si le débiteur (la société de projet) n'y satisfait pas lui-même. A vrai dire, le cautionnement, en tant que tel, paraît en contradiction avec la logique du financement du projet CET sans recours. Dans les projets CET, le cautionnement résulte d'une convention passée entre la caution et les banques prêteuses. Dans le cautionnement, contrairement à la délégation et la stipulation pour autrui, le consentement de la société de projet n'est pas exigé même s'il a été conclu dans son intérêt. Les raisons qui ont incité la caution à s'engager ne sont pas prises en considération dans ses rapports avec les banques prêteuses⁴⁴⁷.

373. Le principal caractère du cautionnement est la subordination à l'obligation principale de la société de projet envers les prêteurs⁴⁴⁸. La caution sera libérée en même temps que la société de projet. La caution aura le droit de soulever les exceptions dont peut se prévaloir la société de projet contre les prêteurs⁴⁴⁹. Ainsi la nullité de l'obligation principale entraîne la caducité du cautionnement. Les banques exigent, alors que la caution renonce à tous les bénéfices⁴⁵⁰ que lui accorde le code ou l'Acte uniforme ou les avantages découlant du droit des obligations⁴⁵¹. En droit commun, l'engagement de la caution ne se limite pas au paiement des dettes de la société de projet ; c'est seulement au principal mais aussi à ses accessoires. Dans le cadre du financement de projet CET, les accessoires comportent des intérêts du prêt et les dommages et intérêts⁴⁵². Aussi, en cas de faillite, la caution sera remboursée aux prêteurs. Les prêteurs pourraient poursuivre la caution alors qu'ils seraient privés de toute poursuite contre la société de projet⁴⁵³.

⁴⁴⁷ Dominique Legeas, op cit 1996 p 28

⁴⁴⁸ Johannes Barmann and Aliii. "Les garanties du crédit en droit allemand" Documentation française, 1978 p 57 ; Christian Mouly, op cit p 147

⁴⁴⁹ Voir article 2036 du code civil français ou artActe uniforme portant sûretés de l'OHADA

⁴⁵⁰ Il s'agit de renoncer au bénéfice de discussion e de division. Mais les banques doivent préalablement s'assurer de la solvabilité de la caution

⁴⁵¹ Christian Mouly, op cit 1984 p 150

⁴⁵² Les dommages intérêts peuvent résulter de clauses pénales contenus dans le contrat le prêt c'est ce que prévoit l'article 2016 du code civil français « le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution »

⁴⁵³ Dominique LEGEALS op cit 1996 p 121

2 La lettre de confort

373. La lettre de confort, encore appelée lettre d'intention, de patronage, de parrainage ou lettre d'apaisement est un document adressé par la société mère ou par l'autorité publique (généralement l'Etat) aux banques prêteurs et par lequel ils prodiguent (en termes variables) au destinataire les assurances quant au engagement à leur égard par la société de projet⁴⁵⁴. La lettre de confort comporte des engagements de portée variable. Dans le financement de projet CET, elle est émise par la société mère ou par l'Etat d'accueil dans l'objectif de convaincre les banques de projet. En effet, l'Etat d'accueil ou la société mère adresse une lettre au syndicat bancaire. Par cette lettre, ils rassurent en des termes exceptionnellement variés les banques membres du syndicat. La situation de la société mère est plus délicate que celle de l'Etat. Elle doit prendre le soin de ne pas se retrouver qualifiée de caution. Elle est également soumise à des contraintes comptables⁴⁵⁵ ou réglementaires⁴⁵⁶. Cet engagement peut être requis de l'Etat. Il en est ainsi dans le contrat « *take or say* » ou « *supply or pay* ». Cet acte engage la responsabilité politique et morale du pouvoir public, comme pouvoir organisateur qui ne peut se désintéresser de l'exécution des engagements contractés par un service public émanant de son initiative et accomplissant des missions qui relèvent de son domaine d'action⁴⁵⁷. L'intérêt d'une lettre de confort, dans le financement de projet CET est de comporter des engagements ; même si habituellement la lettre de confort comporte des obligations à contenu variable⁴⁵⁸. La lettre de confort dénuée d'engagement juridique est difficile à considérer comme sûreté personnelle. L'importance de la lettre de confort sera déterminée à partir de son contenu. A cet effet, elle doit comporter des obligations de moyens et de résultat. Lorsque la lettre comporte une obligation de résultat, elle oblige à procurer un résultat déterminé⁴⁵⁹. Dans une telle hypothèse la lettre de confort donne naissance à une obligation contractuelle dont la non exécution donne lieu à l'obtention de dommages intérêts si les banques prouvent la faute,

⁴⁵⁴ Raymond Baillod, "Les lettres d'intention", RTD com. 1992 p 348 ; Michèle VITA "La jurisprudence en matière de lettres d'intention. Etude analytique" gaz pal 1987 2^e sem p 667, Jean Pierre BERTREL, "Les lettres d'intention", Banque N° 465 p 895, Jacques TERRAY, "La lettre de confort", Banque N° 393, 1980 p 329

⁴⁵⁵ Alourdissement des engagements hors bilan

⁴⁵⁶ Sur le contrôle des changes, voir Michael ELLAND-GOLDSMITH, "Confort lettres in english practice" RDAI N° 5 1994 p 528. En droit anglais, la société mère s'engage à maintenir un certain niveau de participation dans le capital de la société du projet parrainée.

⁴⁵⁷ Jean Lebrun, "La lettre de patronage délivrée par les pouvoirs et les organismes publics" in les lettres de patronage, FEDUCI, 1984, p 94

⁴⁵⁸ Nous prenons en compte (seulement) celle qui donne naissance à un engagement juridique

⁴⁵⁹ Par exemple « si tel ou tel événement survenait, soit je mettrais ma filiale en mesure de rembourser votre crédit par anticipation, soit fournirais un acte de caution en bonne forme » clause citée par Jacques Terray, op cit, 1980 p 334

le lien de causalité⁴⁶⁰. Le contrat EDP lors de la restructuration du secteur électrique portugais en gardant une participation égale à 51% du capital de la société concessionnaire, a assuré à EDP une capacité financière suffisante pour honorer ses engagements et que, si une nouvelle société d'électricité est créée et devient elle-même partie du projet, il assurera les moyens financiers nécessaires⁴⁶¹. Le gouvernement a aussi par une lettre de confort du 24 Novembre 1993 pris l'engagement de notifier aux banques prêteuses l'intention de modifier ou de révoquer la licence d'exploitation ou de production dans un délai de 90 jours et de ne pas révoquer ces licences en cas de changement de contrôle dans Tego Energia. Aussi dans le financement du tunnel sous la marche, les gouvernements français et Britannique ont, dans une lettre de confort, pris acte de la nature du financement et du fait que les paramètres d'exploitation avaient été pris en considération pour apprécier les risques et les marges du financement⁴⁶². Il est aussi possible que la lettre de confort souscrite par l'Etat d'accueil ou la société mère aux banques ne contienne que de simples déclarations constitutives d'un engagement moral ou d'une obligation naturelle. Dans cette hypothèse un refus de donner à la lettre de confort la moindre valeur, notamment une exécution d'engagement ne peut entraîner une action en justice. A la limite une responsable délictuelle ou quasi délictuelle peut être évoquée⁴⁶³. Quant aux lettres de confort ne comportant que des obligations de moyens ; l'émetteur ne s'engage pas à procurer un résultat déterminé mais plutôt à mettre en œuvre des moyens pour la réalisation du résultat⁴⁶⁴. L'inexécution d'une telle obligation peut donner lieu à une action en dommages et intérêts si les conditions de la responsabilité contractuelle sont remplies⁴⁶⁵.

374. En définitive, la lettre de confort protège les prêteurs lorsqu'elle comporte une obligation de remboursement du prêt accordé à la société de projet en cas de défaillance de celle-ci. L'émetteur de la lettre est placé dans la situation d'une caution simple⁴⁶⁶. La

⁴⁶⁰ Dans le projet Pego au Portugal, le Ministre de l'Economie et de l'Energie par une lettre de confort datée du 22 Novembre 1993 prend acte de l'existence du projet et déclare que le gouvernement portugais s'engage à conserver le contrôle

⁴⁶¹ Anne Sophie Albert, financement de projet en BOT le cas du projet Pego Dess Paris 1996 p 64.

⁴⁶² Jacques TERRAY, les composantes juridiques du financement de projet. MTF 1992 N° 22 p 22.

⁴⁶³ Jean Pierre Bertel, "Les lettres d'intention" op cit 1986 p 896

⁴⁶⁴ « La société émettrice s'engage à faire tout son possible pour que la société bénéficiaire du crédit continue son activité normale et son existence sociale, de façon à ce que cette dernière puisse notamment tenir ses engagements vis-à-vis des banques ». Voir Jean Pierre Bertel op cit 1986 p 896

⁴⁶⁵ Dans le projet Pego, le gouvernement portugais s'est engagé à faire le nécessaire pour assurer le transport du charbon vers la centrale

⁴⁶⁶ Michel Vasseur, "Les garanties indirectes du banquier", in l'évolution du droit des sûretés Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, RJ com Numéro spécial Février 1982 p.110.

conséquence qui s'en dégage est que les banques ont l'obligation de discuter d'abord des biens de la société de projet avant de recourir à l'Etat ou à la société mère en vertu de la lettre de confort. En tout état de cause, l'exécution de la lettre de confort est soumise à la bonne foi en vertu de la quelle l'émetteur de la lettre ne peut invoquer l'ignorance de la situation du défaut d'information sur la société de projet lors de l'action ou pendant la durée du prêt⁴⁶⁷.

Paragraphe II : Les garanties du *cash flow* pendant la phase d'exploitation

375. Pendant la phase de construction, le projet ne génère pas encore de revenus. A la phase d'exploitation, les risques sont généralement garantis par des sûretés se fondant sur le *cash flow*. Le *cash flow* est « habituellement » considéré comme « l'équivalent des fonds procurés par l'exploitation dans le tableau typique des fonds (capitaux circulants)⁴⁶⁸ ». Le *cash flow* fait référence au bénéfice plus amortissement autres charges ; c'est-à-dire bénéfices avant amortissement⁴⁶⁹ en d'autres termes, il est « l'excédent des recettes d'exploitation sur les dépenses d'exploitation effectivement décaissées⁴⁷⁰ »

375. Nous déduisons de ce qui précède que le *cash flow* est la différence entre le flux financiers issus du projet pendant la période d'exploitation et les dépenses totales du projet⁴⁷¹. Il existe, toutefois, deux types de *cash flow* : le *cash flow* d'exploitation et le *cash flow* total. Le *cash flow* d'exploitation résulte de l'activité interne propre à l'entreprise. Le *cash flow* total, quant à lui, provient des relations financières avec le marché des capitaux⁴⁷². C'est de ce cash flow que les promoteurs seront remboursés⁴⁷³. Pour garantir leurs droits et atteindre cet objectif, les banques essaient de mettre sur pied un mécanisme financier court⁴⁷⁴. (A) ou de rendre le circuit financier plus cloisonné (B).

⁴⁶⁷ Yves Poullci, "Questions liées à l'exécution de la lettre de patronage, in les lettres de patronage, FEDUCI, 1984 pp 173 et s.

⁴⁶⁸ Perry MASON, "Cash flow analysis and the funds statement Accounting research study N° 2 AIPA ed. new york, 1961, cité par Gilbert RIELBOLD, Le cash flow, nouvelles dimensions de management, les Editions d'Organisation 1978 p 37

⁴⁶⁹ Ibid op cit 1978 p 37

⁴⁷⁰ Jean Deloué, "Une meilleure appréciation des comptes présentés aux actionnaires grâce à l'Etat des variations", Revue de la compagnie des commissaires de sociétés, 1961 p 3

⁴⁷¹ La notion de *cash flow* est alors assimilable à celle de marge brute.

⁴⁷² Le *cash flow* total est, généralement, le fondement du financement de projet CET.

⁴⁷³ Jacques Terray, "Les nouvelles sûretés", DPCI, N° 2, 1982 p 215.

⁴⁷⁴ En effet, le mécanisme financier empêche les fonds de passer les caisses de l'emprunteur ou par des comptes en banques où, les banques risquent d'être en concurrence avec d'autres créanciers.

Sous paragraphe I : Les mécanismes juridiques de réduction du circuit financier : la transmission des créances

376. L'une des particularités du financement de projet CET est la garantie contractuelle accordée à la société de projet par la l'autorité concédante à travers le contrat dit « *take or pay* » par lequel l'autorité concédante achète les services ou les produits du projet. Les créances nées dans le sillage du projet à l'actif de la société de projet constituent des garanties pour des banques qui cherchent alors à se les transmettre afin qu'elles ne tombent pas dans le patrimoine de la société du projet. Cette transmission de créance pendant l'exploitation constitue une véritable garantie de substitution⁴⁷⁵. Toutefois, sa mise en application n'est pas aisée en raison des effets juridiques qu'elle entraîne par l'utilisation des institutions juridiques de droit commun : la cession de créance (A) et des procédés alternatifs du droit des obligations ou du droit des sûretés (B)

A La cession de créance

1 La notion de cession de créance

377. La cession de créance est souvent utilisée comme instrument de sûretés⁴⁷⁶. Mais sa mise en œuvre se heurte à certaines difficultés résolues par des précautions dont les banques se munissent. La cession de créance est un contrat par lequel une personne dite le cédant transfère son droit personnel à une autre personne appelé cessionnaires pour rembourser le débiteur⁴⁷⁷. La cession de créance est une institution très proche de la notion de l'*assignment* du droit anglo-saxon. L'*assignment* est défini comme « un contrat par lequel une personne appelée *assignor* (le cédant) transfère à un second l'assigne (le cessionnaire) les droits dont elle dispose contre une troisième l'*obligor* (le cédé)⁴⁷⁸ ».

⁴⁷⁵ L'importance et l'opportunité de cette garantie se révèlent lors de la mise en règlement judiciaire de la société le projet ou lorsqu'elle est in bonis.

⁴⁷⁶ Philippe de Ly, "Les clauses de cession dans les contrats commerciaux internationaux", RDAI N°7 1996 p. 803.

⁴⁷⁷ Article 1689 à 1701 du code civil français et articles...cocc sénégalais.

⁴⁷⁸ L'*assignment* est souvent utilisée par des compagnies pétrolières qui transportent du pétrole d'un point à un autre. Dans l'unique but de fournir des fonds nécessaires pour la construction de l'oléoduc. Ces compagnies créent une société avec laquelle elles concluent un contrat dit " *through put agreement*". Aux termes de ce contrat, les compagnies pétrolières s'engagent à effectuer des paiements à la société propriétaire. A titre de garantie, cette dernière aide, par la voie d'un *assignment agreement*, aux prêteurs tous les droits qu'elle détient en vertu du " *through put agreement*". voir Camille Jauffret, Spinosi et Claude Relly op 1980 p 528.

La cession de créance ou l'*assignment* du droit anglo-saxon permet d'accorder aux banques prêteuses la possibilité de capter le *cash flow* à la source. Elles ont ainsi un droit de créance directe vis-à-vis des utilisateurs ou de l'acheteur. Elles pourront donc encaisser directement les créances sans être obligées de réaliser le gage. La cession de créance est une sûreté originale en ce sens qu'elle se situe à la frontière des droits réels et des droits personnels⁴⁷⁹. La créance est alors considérée comme un bien objet de droit réel et comme un droit personnel.

378. M. GINOSSAR confirme cette dualité. Selon l'auteur « tout droit de créance s'analyse en deux rapports distincts et coexistants : l'un relatif l'autre absolu, ayant le même objet actif, mais des sujets passifs différents. Le rapport relatif constitue la substance même de la créance ; le rapport absolu en assure simplement la maîtrise au créancier et la protection à l'égard des tiers⁴⁸⁰ ».

2 Les obstacles à la mise en œuvre de la cession de créance dans le projet CET

379. Comme tout contrat, le contrat de cession de créance nécessite le consentement des parties. D'une part les banques prêteuses (cessionnaires) et d'autre part. Il n'est pas exigé le consentement des utilisateurs ni des acheteurs de services ou de produits du projet⁴⁸¹.

Les principaux obstacles de mise en œuvre de la cession de créance dans le projet CET tiennent aux règles de forme, de l'exigence de l'existence de la créance au moment de la conclusion

2-1) Les règles de forme

380. Le contrat de cession de créance est un contrat consensuel, aucune formalité n'est alors exigée pour sa validité. Toutefois, l'écrit revêt une importance il est imposé par les règles de preuve⁴⁸². La conclusion du contrat de cession de créance confère aux banques la qualité de créanciers des utilisateurs et acheteurs. Mais le contrat n'entrera en vigueur qu'à la

⁴⁷⁹ Les premiers sont constitués sur des droits réels (principaux ou accessoires) et les seconds se composent des droits constitués contre des personnes. Le droit franco africain distingue les droits réels des droits personnels. Le droit anglo-saxon ignore cette distinction. C'est pourquoi, les juridictions du common law abordent l'*assignment* comme une opération portant sur un droit personnel et les juridictions d'Equity estiment que la créance est un bien pouvant faire l'objet d'un droit de propriété. Voir à ce propos, Pascal Deniau, op cit 1990, p p 53

⁴⁸⁰ S. GINOSSAR, "Droit réel, propriété et créance" LGDS, Paris 1960 p 85.

⁴⁸¹ Ils ne sont pas parties au contrat

⁴⁸² Il en est ainsi lorsque le montant de la créance excède 5 000FF ou 200 000F CFA

suite de la procédure de notification de la cession⁴⁸³. La notification ne constitue pas une condition *sine qua non* pour que la cession produise ses effets entre les parties. Ainsi les acteurs et utilisateurs peuvent se libérer entre les mains des banques sans que la société de projet puisse s'opposer à ce paiement. A l'inverse, les banques disposent d'une action indirecte à l'égard des acheteurs et utilisateurs qui refusent de payer⁴⁸⁴. Le défaut de notification peut être très préjudiciable selon les articles 1691 du code civil français « si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré ».

Dans le cadre du financement de projet CET, tout paiement effectué avant notification par l'utilisateur ou l'acheteur à la société de projet éteint la créance des prêteurs et leur interdit d'exiger son paiement. Cette conséquence est, en effet, logique dans la mesure où la responsabilité de l'utilisateur ou de l'acheteur ne saurait être engagée s'il a payé la société de projet en ignorant la cession. Les banques peuvent, par contre l'obliger à les payer s'il a payé la société de projet⁴⁸⁵. La même solution prévaut lorsque les utilisateurs et les acheteurs acceptent la cession sur le fondement des articles 1690 et 1691 du code civil. La cession de créance est opposable aux utilisateurs ou acheteurs (le cédé) s'ils acceptent ou s'ils ont reçu notification⁴⁸⁶. Cette notification doit être faite par exploit d'huissier et l'acceptation constatée dans un écrit portant date certaine.

En droit anglais, la notification de l'*assignment* au débiteur cédé ne s'effectue par exploit d'huissier mais par une simple lettre d'information⁴⁸⁷.

Dans le cadre du financement de projet, les acheteurs ou les utilisateurs peuvent se compter par milliers. La notification peut s'avérer très coûteuse ; surtout lorsque le projet est relatif au service public où le service est payé par chaque utilisateur ou usager. Cette difficulté constitue un obstacle (dirimant) pour les banques si elles décident de rendre la cession opposable aux débiteurs.

381. La question qui se pose est de savoir comment les banques peuvent-elles éviter, modérer ou surmonter la lourdeur des formalités de l'article 1690 du code civil français ou des conditions de l'*assignment*.

⁴⁸³ Cette formalité est exigée en droit américain à l'occasion du *security interest* de l'article 9 de UCC. Voir Dominique Legeas op. cit. t996 p 224.

⁴⁸⁴ En effet, les articles 1666 du code civil français prévoit que « ...les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur... » ; à moins que les créances ne soient pas exigibles.

⁴⁸⁵ Les jurisprudences américaine et britannique sont favorables à cette règle.

⁴⁸⁶ La cession devient aussi opposable par les mêmes procédures aux tiers.

⁴⁸⁷ Hervé Tonraire "Titrisation internationale, transfert des créances et des sûretés : panorama des législations européennes, DPCt N° 3 1996 p 352.

Plusieurs solutions s'offrent aux banques. Elles peuvent obliger la société de projet à conclure un seul contrat de vente avec un seul acheteur⁴⁸⁸. Cette solution est adoptée à l'occasion du financement des équipements publics dont la rentabilité est très faible.

2- La transmission de créances futures

Aux termes de l'article 1130 du code de civil, l'objet de l'obligation peut être une chose future. Il semble un peu difficile d'appliquer cette disposition en matière de projet CET. En effet, la société de projet, à l'occasion de la conclusion du contrat de prêt, ne dispose pas de créance transmissible aux banques vis-à-vis des acheteurs ou utilisateurs. Comment alors transmettre des créances qui ne sont pas encore nées et qui sont subordonnées à la fourniture de produits et services en quantité et qualité convenus dans le contrat de vente ? Peut-on sur la base de la notion de créance future le faire ?

383. A la réflexion, on peut l'affirmer du fait de flexibilité de la notion de créance future⁴⁸⁹. Il est admis de transmettre des droits personnels en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles empêchant les parties de procéder à cette cession de créances. Il est aussi admis de transmettre des droits personnels dont l'objet est un droit futur ou un droit incertain.

384. La jurisprudence adopte la même position. Elle ne conditionne pas la transmission de la créance à son exigibilité. La réalisation du fait initial suffit à donner naissance à la créance⁴⁹⁰. Cette difficulté de réalisation de l'opération peut en définitive être contournée par l'obtention d'une promesse de cession avant la réalisation du fait initial donnant naissance à la créance. Cette promesse, pour les banques, demeure fragile car elles peuvent être privées par les titulaires de droit de créances contractées pendant la période précédant la conclusion du contrat définitif⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ La société de projet conclut généralement un seul contrat dit take or pay avec la puissance contractante

⁴⁸⁹ Pascal Deniau op cit pp 72 et s

⁴⁹⁰ Pascal Deniau op cit 1986 p 295 ; ce point de vue a été confirmé par la loi Dailly en France qui prévoit dans son article premier que « ... peuvent être cédées ou données en nantissement les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés. »

En droit anglais, la Common law ne reconnaît les transferts immédiats de propriété sur les choses existantes, l'Equity admet, au contraire l'efficacité du mortgage et du charge portant sur des choses futures. L'Equity tempère, donc parfois, le formalisme des règles de la common law. Voir Hervé Touraine, op cit, DPC t N° 1996 p 352

⁴⁹¹ Dans la pratique, l'article premier alinéa 4 de la loi Dailly exige que le bordereau comporte « la désignation ou l'individualisation des créances cédées ou données en nantissement ou les éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation notamment par l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation et s'il y a lieu de leur échéance ».

2-3 La cession fiduciaire de créance

385. Les parties peuvent également procéder à la cession de la créance à titre de garantie. C'est la cession fiduciaire de créance. Selon Claude WITZ⁴⁹², la fiducie est « l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations parmi lesquelles figure généralement celle de transféré le droit au bout d'une certaine période soit au fiduciaire soit à un tiers bénéficiaire⁴⁹³ ». En d'autres termes, elle est « le contrat par lequel une personne aliène à une autre un bien corporel ou incorporel dans le but de garantir une créance, à charge pour l'acquéreur de transférer, en principe, le bien lorsque la garantie n'a plus à jouer⁴⁹⁴.

386. Au contraire de la cession de créance où le transfert de la créance est définitif, la cession fiduciaire est une opération réalisée dans le but de garantir le paiement d'une créance⁴⁹⁵. Appliquée au financement de projet CET, le fiduciaire qui est la société de projet aliène ses créances détenues sur les utilisateurs ou acheteurs aux banques (le fiduciaire) pour le respect de ses engagements envers les prêteurs. Lorsque la sûreté exécute ses obligations, les banques bénéficiant de cette cession fiduciaires sont dans l'obligation de retransférer les créances cédées. Il est, par ailleurs fréquent que la cession fiduciaire ait pour objet les créances que la société de projet possède envers les acheteurs ou les utilisateurs. Elle peut aussi céder aux banques ses actions⁴⁹⁶. Celles-ci en deviennent propriétaires. Inéluctablement, la cession fiduciaire présente des avantages aux banques prêteuses. Mais sa mise en œuvre se heurte à des difficultés particulières dans la constitution du contrat de cession ou à l'occasion de l'ouverture de procédure collective contre la société de projet.

387. A l'occasion de la conclusion de contrat de cession, les banques « deviennent titulaire dès la conclusion du contrat⁴⁹⁷ » ; la créance sort du patrimoine du débiteur et échappe ainsi à l'emprise des privilèges généraux qui pourraient naître du chef du

⁴⁹² Ce mécanisme a été utilisé dans le projet CUAJONC. Voir Didier NEDJAR, "Les projets internationaux, le nouveau régime des accords de développement économique" Thèse, Paris II annexe m, p 5 1987.

⁴⁹³ Claude witz, "La fiducie en droit privé français" *Economica*, 1981, p 14.

⁴⁹⁴ Claude witz, op cit 1980 pp 140 et s

⁴⁹⁵ Dominique Legais, op cit 1985 p 127.

⁴⁹⁶ La cour d'appel de Lyon, le 6 Oct. 1959, a fourni une illustration de convention d'aliénation fiduciaire ayant pour objet des actions. En l'espèce, la convention stipule que « M. Angier, en vue de garantir le remboursement du prêt à lui consenti par la société MGM et le paiement des intérêts, a remis à la société Spcl. M. Augier a remis des 1850 actions nominatives par voie de bordereau de transfert signé de lui-même (et) se déclare d'accord pour que la société MGM soit propriétaire des dites actions » *Rev. sociétés* 1960 p 184 note J. Autessere.

⁴⁹⁷ Claude witz, op cit 1980 p 185.

débiteur⁴⁹⁸ ». Ce mécanisme évite aux banques le concours d'autres créanciers lors de la mise en faillite de la société de projet⁴⁹⁹. D'autre part, la mise en œuvre de la cession fiduciaire dans le financement du projet CET s'avère difficile en raison des principes régissant le droit des sûretés et des biens. En effet, aux termes des articles 2093 et 2094 du code civil français des articles Acte uniforme portant droit des sûretés. Il est interdit de créer de nouvelles sûretés⁵⁰⁰. Mais le principe « pas de privilège sans texte » ne pose pas ici de problèmes MM Schmidt et Witz l'estime à juste titre. Ce principe n'est applicable qu'aux privilèges qui sont des sûretés légales. Il en résulte que ce principe ne peut s'appliquer aux sûretés accordées aux banques car ce sont des sûretés conventionnelles.

3 Les diligences des banques prêteuses

387. Les banques prêteuses peuvent maximiser leurs intérêts en stipulant dans le contrat de cession de créance que le changement de l'exploitant ou la modification de sa situation juridique n'aura aucun effet sur la validité du contrat de concession. Les banques doivent veiller à ce que le montant des prêts ne soit pas supérieur aux montants des créances cédées de nouvelles créances. Elles doivent obliger la société de projet à garantir les créances cédées. La société de projet doit ainsi assurer que la puissance concédante n'a pas limité ou interdit la cession de créance⁵⁰¹, ou n'ont pas fait l'objet d'une cession en faveur de tiers.

Dans l'hypothèse où la puissance publique n'est pas encore notifiée ou acceptée la cession, les banques doivent être informées si la puissance concédante règle les créances à la société concessionnaire. En cas de modifications, la société de projet doit informer le syndicat bancaire et se conformer à ses instructions. Les documents indispensables pour la vérification et à l'exécution des créances cédées doivent être fournis aux banques. Le pool bancaire doit pouvoir être autorisé à prendre toutes mesures et conclure avec l'autorité publique tous accords jugés opportuns⁵⁰².

A coté de ces modalités, on peut utiliser certaines techniques de droit commun.

⁴⁹⁸ Idem, p 185.

⁴⁹⁹ Elles ne seront pas non plus concernées par la suspension provisoires des poursuites voir Dominique Legeas, op cit p 127.

⁵⁰⁰ Ce principe résulte de la combinaison des articles 2093 et 2094 c civ ; Jacques Ghestin, "Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété" D. 1981 p 1, Dominique Legeas op cit 1986 p 131.

⁵⁰¹ Une preuve doit alors être fournie à la banque.

⁵⁰² Des accords de prorogations d'échéance ou des renuiscs et conclus des transactions

B Les mécanismes alternatifs de transmission de créances

388. En dehors de la cession de créance, le droit prévoit d'autres mécanismes de transmissions de créances. Il s'agit des techniques issues du droit des obligations et du droit des sûretés.

1 Les techniques de droit des obligations : la délégation

389. En fait plusieurs techniques s'offrent aux parties. Il est, en effet, possible de recourir à la dation en paiement de l'article 1243 du code civil français ou de l'article 212 du COCC Sénégalais. Selon cette technique, le débiteur remet au créancier autre chose que l'objet même de sa dette. Dans le cadre du contrat CET, la société de projet n'éteint pas sa dette auprès des banques non pas la remise d'un montant d'argent qui correspond à celui du prêt mais il acquitte en transmettant sa créance détenue sur les utilisateurs et des acheteurs des services ou des produits du projet aux banques. Il est également possible de recourir à la promesse de porte fort de l'article 1120 du code civil français ou de l'art 114 à 116 COCC. Dans ce cas, la société de projet s'engage auprès des banques à obtenir l'acceptation des utilisateurs ou des acheteurs de rembourser les banques prêteuses.

La subrogation constitue aussi un autre moyen. D'après ce mécanisme, les prêteurs subrogent la société de projet dans ses droits, actions privilèges et hypothèques contre les utilisateurs et les acheteurs⁵⁰³.

La stipulation pour autrui, quant à elle n'est pas sans intérêt. Par la stipulation pour autrui, les utilisateurs ou acheteurs (le promettant) s'engagent envers la société de projet (le stipulant) à exécuter ses obligations au profit des banques (le bénéficiaire).

390. La délégation est la technique la plus utilisée dans le financement de projet CET.

La délégation est fondamentalement un mécanisme d'extinction des obligations et non pas un mécanisme de transmission de créances. Mais contrairement de la cession de créances qui permet la transmission directe d'obligation, la délégation transmet indirectement la créance. Elle tient bien de sûreté consentie par la société de projet à ses créances, les banques. Cette fonction de sûreté apparaît surtout dans la délégation imparfaite cette modalité permet au

⁵⁰³ Aux termes de l'article 1250, la subrogation faite par la société de projet doit être expresse et faite en même temps que le paiement.

créancier de réclamer le paiement de sa créance aux deux débiteurs, le délégant (débiteur initial) et le délégué (nouveau débiteur).

La délégation pourrait être véritablement efficace si les banques prêteuses (délégataires) exigent de la société de projet (le délégant) de leur garantir l'insalubrité des acheteurs ou utilisateurs⁵⁰⁴ avec la délégation dans le contrat CET, la société de projet (délégant) délègue les utilisateurs ou acheteurs (délégué) pour le paiement des dettes auprès des banques (délégataire). Cette technique permet à la société de projet de s'engager dans le contrat de prêt et le contrat de vente de produit du projet (le contrat take or pay) à « déléguer (...) les sommes que lui devront ses futurs clients ; concrètement, l'emprunte s'engage vis-à-vis des banques à faire figurer dans les contrats de vente et sur ses factures l'obligation pour ces clients de payer directement les banques ou plutôt le chef de file, ou encore un trustee⁵⁰⁵ »

391. Pour MM Terray et SENARD⁵⁰⁶, la délégation présente un intérêt considérable en vertu du lieu de droit qui existe entre le délégué (les utilisateurs et acheteurs) et le délégataire (les banques) par rapport à celui déjà existant entre le délégant (la société de projet) et le délégué. L'accord donné par le délégué l'engage indépendamment, abstraction faite des problèmes entre eux et la société de projet. Ces utilisateurs ou acheteurs ont de ce fait contracté une obligation nouvelle et autonome à l'égard des banques. Ils peuvent ne donc pas opposer une exception tirée de leurs rapports avec la société de projets⁵⁰⁷. La cour d'appel de Paris⁵⁰⁸ a, dans ce sens, décidé que le délégataire a la possibilité de renoncer au bénéfice de l'inopposabilité des exceptions sans que cette circonstance empêche la qualification de délégation. La délégation répond donc à la philosophie du financement de projet CET. Elle constitue un moyen adéquat aux objectifs des banques qui est de capter le *cash flow* à la source pour éviter de se trouver en concours avec d'autres créanciers de la société de projet. Elles sont donc assurées d'être remboursées car elles ont lors deux débiteurs⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ Dominique Legais, op. cit., p 156.

⁵⁰⁵ JP Eck, "Le financement de projet", in Les opérations internationales de banques, Colloque de Deauville des 16 et 17 juin 1984, RJ eom, Fév. 1985 p 60

⁵⁰⁶ Terray et Senard, op. cit., 1981, p 1417.

⁵⁰⁷ JP ECK, op. cit., 1985 p 65 au contraire de la délégation dans la cession de créance cette opposabilité est bien possible

⁵⁰⁸ Cour d'appel de Paris 31 Mai 1979, D 1980 p 426 note Parleau : « ...les stipulations suivantes lesquelles la délégation ne pouvait donner au délégataire plus de droit à l'encontre du délégué que n'en avait le délégant et qui permettait ainsi au GIE délégué d'opposer au banquier délégataire toutes les exceptions issues de ses rapports avec son adhérent délégant n'interdisent pas de considérer l'opération de transfert de garantie litigieuse comme une véritable délégation ».

⁵⁰⁹ Si l'un d'entre eux est insolvable, le recours à l'autre est juridiquement possible.

Voir Latour Dompgna Xavier, "Les garanties financières et bancaires dans les contrats Nord sud" in Contrats internationaux et développement sous la direction de Hervé Cassan, Economica, 1989 p 54.

2 Les techniques du droit des sûretés : le gage

392. En principe, la réalisation du gage s'opère en cas de faillite et de liquidation du débiteur sur le fondement du non respect d'engagement issus de convention de crédit⁵¹⁰. Pourtant dans un contrat de financement d'une exploitation pétrolière en Argentine ont utilisé le gage comme mécanisme de transmission des créances⁵¹¹. A l'examen de cette relation contractuelle, on a pu noter que le gage est subordonné à des engagements permettant au débiteur de la créance nantie de payer directement les banques prêteuses⁵¹².

Il faut reconnaître, en définitive, que l'utilisation du gage dans le financement de projet CET comme technique de transmission rencontre des difficultés. En effet, l'article 2078 code civil français prohibe le pacte comissoire. Il dispose que « le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage : sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeure en paiement. Jusqu'à due concurrence (...) toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle ». Toute clause contractuelle par laquelle les parties permettraient aux créanciers gagistes de disposer de leur gage avant l'échéance est interdite. Peut-on craindre alors que l'opération ne soit annulée ? Pour M Pascal DENIAU, la règle de la prohibition du pacte comissoire doit être écartée dans le contexte de financement de projet. Il en est ainsi parce que « une fois le montant de la créance payé par l'acheteur, les droits du prêteur se reportent sur les sommes recouvrées transformant le gage sur créance en ma gage sur espèce⁵¹³ »

394. La jurisprudence abonde dans ce sens en « que n'est pas prohibe au sens de l'article 2078 du code civil la clause qui permet aux créanciers de recevoir le montant de la créance engagée lorsqu'elle s'applique non au droit de créance lui-même mais aux derniers provenant de son paiement extinctif⁵¹⁴.

⁵¹⁰ L'article 2078 c civ français interdit aussi aux créanciers gagistes de s'approprier de plein droit le gage avant d'effectuer une procédure juridictionnelle voir Philippe Simler, art 1271 à 1281. fasc

⁵¹¹ Cf Latour dompagna Xavier, op. cit., 1989 pp 49 et S

⁵¹² Ces engagements sont "1 each of the borrower agree and prior to the initial borrowing will effectively and irrevocably to instruct YPF that all payment due or because due under or in connection with the production contrat shall be made directly to the trustee"2: "the borrower in accordance with the assignment and security agreement instruct YPF to deposit into" 3 "undersigned request that YPF consent and agree that trustee may at any time during the validity of the contract request that each payment owned by YPF to the contractor under the contract shall be paid directly to trustee" cite par Pascal DENIAU, op cit, Thèse Dijon p. 1990.

⁵¹³ Pascal DENIAU, op cit p 60. On dirait qu'au même un tour de magie juridique. Cette mutation serait elle seulement légale ou aussi légitime.

⁵¹⁴ Cass. Civ., 30 mai 1947 Sirey 1947 I P 141.

Sous paragraphe II : Les mécanismes juridiques de protection des banques contre la revendication des tiers sur la même créance

395. L'exécution du contrat CET comporte beaucoup de risques tant pendant la construction qu'à la phase d'exploitation. Or si le remboursement des banques prêteuses est fondamentalement lié aux revenus générés par le projet à la phase d'exploitation, on comprend mieux le souci de protection de celles-ci. En effet, les banques peuvent se retrouver en concours avec d'autres créanciers. C'est pourquoi, elles essaient de se protéger à l'égard des tiers créanciers de la société de projet en se faisant établir un droit de priorité sur le flux financier du projet. Les modalités et le régime juridique de ce droit de priorité sont relativement différents selon que l'on est dans un pays de droit civil ou dans le système juridique anglo saxon.

A Le droit de priorité sur le flux financier dans le système de droit civil : (le mécanisme de notification)

396. Il est tout à fait logique que les banques prêteuses cherchent à se protéger contre les autres créanciers de la société de projet en se faisant octroyer un droit de priorité sur le *cash flow*, garantie principale de leur remboursement. En droit franco-africain, elles peuvent recourir, pour ce faire, au système de la notification de la cession au débiteur que constituent les acheteurs ou les utilisateurs des produits ou services du projet. Nous avons mis l'accent sur l'importance que revêt pour les banques du recours de la technique de cession de créance afin raccourcit le circuit financier dans le cadre de leur remboursement.

Mais si juridiquement, le contrat de cession de créance est parfait dès lors que les parties y ont consenti, la créance qui en fait l'objet n'est pas considérée à l'égard des tiers comme transférée du patrimoine du cédant à celui du cédé qu'au moment de la signification ou de l'acceptation du débiteur cédé⁵¹⁵. En d'autres termes, tous les contrats que la société de projet aura conclus avec les tiers sur la même créance sont juridiquement valables et produisent effets à l'égard de la banque tant que la signification n'a pas été faite au débiteur cédé (acheteurs, utilisations)

397. Au contraire, dès lors que la signification a été faite au débiteur, la créance soit définitivement du patrimoine de la société de projet pour entrer dans celui des banques. Cette

⁵¹⁵ L'article 1690 code civil français ou art 244, 245 et 246 cocc du Sénégal

créance ne fait plus alors partie du gage commun des créanciers. Il en résulte que la signification constitue une procédure indispensable et un instrument d'établissement du droit de priorité sur le cash flow généré par le projet. Le droit de priorité leur confère la suivante sur tous les autres créanciers de la société de projet ; même en cas de faillite ou de liquidation de celle-ci. Les banques cessionnaires se présenteront à la masse des créanciers en tant que propriétaire de créance cédée⁵¹⁶. Les banques doivent tout de même prendre la précaution de conclure le contrat qui établit ce droit de priorité à l'occasion de la conclusion du contrat de prêt avec le pool bancaire afin d'éviter le piège de la période suspecte. Une interrogation peut être soulevée autour du règlement de la créance par l'autorité concédante jusqu'à quel point le débiteur qui est l'autorité concédante partie au contrat *take or pay* peut invoquer un moyen tiré de l'identification du cédant (la société de projet) pour justifier le bien fondé du règlement adressé à ce dernier malgré la notification de la cession de créance et de son acceptation. Cette question a été posée à la cour administrative d'appel de Paris⁵¹⁷. L'affaire concerne une société qui avait cédé à la banque la créance qu'elle détient sur le Trésor, constituée d'un crédit d'impôt en faveur de la recherche. La cession a été régulièrement notifiée au receveur des finances qui avait ultérieurement retourné à la banque un acte d'acceptation dûment signé et conforme aux dispositions de l'article 6 de la loi *Dailly*. L'acte d'acceptation indiquait, comme compte domiciliataire du règlement à effectuer, la recette des finances a payé le crédit d'impôt au moyen d'une chèque adressé à la société cédante, laquelle déposait son bilan quelque temps après. La banque a assigné l'Etat devant le tribunal administratif sur le fondement d'une faute commise par ses services. La demande a été rejetée au motif que le découvert promis n'avait pas été accordé, affirmation qui résultait inexactement de la production d'une lettre du gérant de la société et qu'en conséquence, la banque n'avait pas subi de préjudice.

Devant la cour administrative de Paris, l'administration a fait valoir deux nouveaux moyens. Le premier est que la notification de la cession ne permettait pas d'identifier le débiteur cédé. Car sur l'acte d'acceptation n'était pas totalement exacte. La société était identifiée sur l'acceptation par les mots « SARL A. » alors que sa dénomination était « A. Ingénierie ».

398. Quant au deuxième, l'administration soutenait que la société était créancière d'un crédit d'impôt supérieur à celui cédé, ainsi qu'il résultait du certificat de restitution adressé à la banque avant la cession, ce qui augmentait les possibilités de confusion provenant de

⁵¹⁶ Elles ont les mêmes droits comme le vendeur à crédit bénéficiant d'une clause de réserve de propriété

⁵¹⁷ Cour administrative d'appel de Paris 11 juin 1998, Banque Magazine N° 529 1999 pp 80 et S luote Jeans Louis Guilloit.

l'identification insuffisante du cédant. La cour n'a pas suivi cette argumentation elle relève que les erreurs commises par l'administration dans les procédures d'établissement ou de recouvrement de l'impôt n'engagent la responsabilité de l'Etat que si elles constituent une faute lourde, elle a jugé qu'en l'espèce, l'erreur commise avait bien ce caractère. La société cédante, dit la cour, était identifiable par le numéro SIPREN et l'adresse mentionnés sur l'acte d'acceptation et qu'en outre, la vérification, qui incombait à l'administration avant de payer la créance, ne présentait pas de préjudice, il a été établi que la banque avait bien un découvert irrécouvrable par suite de la liquidation judiciaire de la société. En conséquence, la cour a condamné l'Etat à payer à la banque la somme due avec intérêt au taux légal. Ce contentieux a pu justifier la place du contrat *take or pay* dans les projets CET en ce sens qu'il évite aux banques les risques résultant de la pluralité des acheteurs et utilisateurs des produits ou services du projet.

B- Le droit de priorité sur le flux financier dans le système juridique anglo-saxon :

Le security interest et la floating charge

399. La plupart des techniques juridiques appliquées au financement d'infrastructures sont d'inspiration anglo-saxonne. Ce qui fait du système juridique anglo-saxon, un système mieux adopté au financement de projet CET que le système franco-africain.

Au nombre de ces techniques, les banques prêteuses peuvent se référer au *Security interest* ou à la *floating charge* afin de se faire établir un droit de priorité sur le *cash flow* du projet.

1 Le security interest

400. Le *security interest* relève du droit américain pour cerner cette technique, il convient de préciser la notion, ses conditions de validité et d'opposabilité et sa spécificité dans le financement de projet CET.

a- La notion de security interest

401. En droit américain, les banques prêteuses peuvent constituer un *security interest*, dès lors que la société de projet a cédé ses droits issus des contrats *take or pay* sur la base de l'assignement de la *common law*. C'est l'article 9 de l'UCC qui a consacré ce concept. Le

security interest se définit comme « l'ensemble des droits portant sur un bien meuble ou un immeuble par destination (*fixtures*) destinés à garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation⁵¹⁸ ». Le *security interest* ne peut donc porter sur des biens ou droit immobiliers. Concrètement, la société de projet demeure propriétaire des biens objet de *security interest* tandis que les banques n'ont intérêt sur ces biens⁵¹⁹. Dans la pratique du financement de projet CET, cette garantie ne porte seulement sur les créances de la société de projet, mais elle comprend aussi ses actions, ses chèques ou billets à ordre, ses droits résultant d'autres contrats, ses brevets, d'invention, ses marques commerciales etc.

- **Les conditions de validité et d'opposabilité de *security interest***

402. Trois conditions garantissent la validité de la *security interest*⁵²⁰. La première condition consiste en l'existence d'un contrat⁵²¹ appelé *security interest agreement* entre les banques et la société de projet. Dans le cas contraire, une mise en possession sera nécessaire. Particulièrement dans le financement de projet en BOT le contrat peut comporter deux types de clauses⁵²². L'une est relative aux avances futures qui permettent aux banques créancières de faire porter la sûreté non seulement sur les biens actuels de la société de projet mais aussi sur ceux qu'elle pourra acquérir pendant la phase de validité de la sûreté. L'autre clause dite *acquired property clause* a pour objet les acquisitions ultérieures qui donnent aux banques le droit de faire jouer la sûreté pour le prêt originellement consenti et pour les prêts qu'elles seront postérieurement amenées à consentir à la société de projet⁵²³. La deuxième condition relève de l'exigence aux banques de fournir une prestation à la société de projet en contrepartie de la sûreté. Cette exigence trouve son fondement dans la notion de « considération » comme du droit anglais ou du common law⁵²⁴. Il faut enfin que la société de projet ait des droits sur le bien qui fait l'objet de la sûreté. Le *security interest* est alors valablement constitué une fois ces conditions remplies. Mais il ne sera opposable aux autres créanciers de la société de projet qu'à la suite d'une procédure de perfectionnement. Il s'agit

⁵¹⁸ Dominique Legéais, op cit p 296

⁵¹⁹ Ibid

⁵²⁰ Section 9 203 et 9 204 du livre IX de l'UCC

⁵²¹ Ce contrat doit comporter une description des droits grèvés et les adresses des parties et l'intention des parties de constituer une sûreté à propos de l'opération commerciale qu'elle visent à réaliser.

⁵²² Voir Jean François Riffard, op cit 1997 p 135

⁵²³ C'est en égard à ces deux clauses que le *Security interest* se rapproche de la *floating charge* du droit anglais

⁵²⁴ René David, "Les contrats en droit anglais" 2èd, par David Pugsley et Françoise Grivart de Kerstr, LGDJ, 1985 pp 94

de la mise en possession du créancier ou d'un tiers, une formalité de publicité écrite et l'opposabilité automatique. Il faut remarquer que la mise en possession du créancier sera difficile dans le cadre du financement de projet CET, dans la mesure où les droits nés des contrats de vente sont des créanciers en possession des banques prêteuses. La mise en possession n'est possible que pour les biens corporels.

403. L'opposabilité automatique est consacrée au créancier qui est titulaire d'un *purchase money interest*⁵²⁵. La perfection du *security interest* par enregistrement de déclaration de financement (*notice filing*) constitue en l'occurrence le moyen le plus approprié au financement du projet CET. En effet, les banques désireuses de rendre la sûreté opposable aux autres créanciers et de les primer procédant à l'enregistrement public d'un simple financement a pour effet de faire part aux tiers créanciers de la société concessionnaire de l'existence de la sûreté⁵²⁶. Cet enregistrement reste valable pour une durée de cinq ans renouvelable. Il est à noter que la perfection du *security interest* revêt une grande importance pour les banques prêteuses. En l'absence de cette procédure, des banques prêteuses seraient considérées comme « n'ayant qu'un rang égal à celui d'un créancier chirographaire⁵²⁷ ». Elles deviennent prioritaires sur le revenu du projet à partir de la date de dépôt de la déclaration d'enregistrement. En cas de pluralité de concessionnaires, c'est celui qui accomplit la formalité qui va primer car les autres. A défaut de l'enregistrement, c'est l'attachement qui tiendra bien de référence pour déterminer la priorité entre les concessionnaires⁵²⁸.

404. Selon le droit américain, une clause de propriété insérée dans le *security interest* de tous les biens mobiliers corporels et incorporels que la société de projet pourrait acquérir postérieurement ne modifie pas l'ordre de priorité des banques prêteuses résultant d'un dépôt de déclaration de financement en cas de mise en faillite ou de liquidation de la société concessionnaire. Toutefois, aux termes de l'article 547-c-5 du *Bankruptcy Act*, si pendant la période suspecte de 50 jours, la différence entre la somme de la dette garantie et la somme de créance cédée a subi une modification dans un sens favorable aux banques prêteuses, le trustee peut procéder à l'annulation de la partie de la sûreté qui améliore la situation des banques prêteuses⁵²⁹.

⁵²⁵ Article 9 – 302 de l'UCC (USA)

⁵²⁶ Cette déclaration doit comporter la signature des deux parties, l'adresse du débiteur et une description des créances grevées voir articles 9 401 à celui 9 408 qui précisent les modalités de cette déclaration et Dominique LEGEAIS op cit 1986 p 300

⁵²⁷ Jean François RIFFARD, op cit 1997 p 135

⁵²⁸ L'article 9-312 s-b de l'UCC

⁵²⁹ L'article s-312 s-b de l'UCC

2- *Le floating charge*

405. La technique du *floating charge* est une technique de droit anglais dont peut faire usage les banques prêteuses à côté de la notification *security interest*

- **Définition**

406. La *floating charge* constitue un moyen efficace et approprié du droit anglais permettant aux banques de primer sur les autres créanciers de la société de projet⁵³⁰. Cette sûreté permet aux prêteuses de se faire consentir une sûreté comportant la quasi-totalité des actifs de la société concessionnaire. La sûreté porte sur les biens meubles ou immeubles⁵³¹, futurs ou existants. Au contraire du mécanisme du *pledge* qui attribue au créancier le droit de possession et de *mortgage* qui transfère la propriété du bien donné en gage au créancier qui est tenu de la retransmettre au débiteur au moment où ce dernier exécute son obligation ou à l'extinction de celle-ci, le créancier bénéficiaire d'une *floating charge* joint de prérogatives et droits afin lui permettant d'assurer le remboursement prioritaire de la créance grâce au bien qui lui a été affecté⁵³².

- **La mise en œuvre de la *floating charge***

407. Si la constitution du *floating charge* ne nécessite aucun formalisme, sa mise en œuvre dans le cadre de financement de projet CET soulève un certain nombre d'exigences.

En effet, les biens objet de la sûreté doivent être détenus par les entreprises ayant un statut de *company* (droit anglo-saxon) ou de société anonyme (droit latin). L'opposabilité de la sûreté aux créanciers de la société de projet est soumise à la procédure d'enregistrement au registre du commerce et du crédit mobilier dans les délais requis par l'acte uniforme portant droit des sûretés de l'OHADA⁵³³. En dernier lieu, la sûreté ne sert que de garantie des dettes

⁵³⁰ Sur cette technique, voir Frédéric Dahan, "La *floating charge* : reconnaissance en France d'une sûreté anglaise", JDI 1996 p 381, C. Witz, "Les sûretés mobilières anglaises, américaines au regard du droit français des sûretés", RD bancaire et bourse N° 32, 1992, pp 143 et S Michael Elland-Gotdsmitz, "Les sûretés réelles mobilières du droit anglais", RDA%t N° 2 1993 p 145

⁵³¹ C'est le contraire du *security interest* qui porte sur des biens meubles ou immeubles par destination

⁵³² C. Witz op cit 1992 p 146; Frédéric Dahan op cit 1996 p 385.

⁵³³ Ce délais est vraie selon la nature de la sûreté.

incorporées dans un titre⁵³⁴. La société de projet peut éviter cette contrainte par le biais du mécanisme de titrisation. C'est une opération par laquelle une entreprise cède des créances qu'elle détient sur sa clientèle à une entité ad hoc. Cette entité finance l'acquisition des créances par l'émission des titres sur les marchés des capitaux⁵³⁵. Mais concrètement de la *floating charge* se fonde sur le principe de la fongibilité des biens affectés en garantie. La sûreté demeure transparente jusqu'à sa cristallisation⁵³⁶ la *floating charge* est une sûreté particulièrement flottante en ce sens qu'elle grève l'universalité de l'actif de la société de projet. En d'autres termes, la *floating charge*, « dans l'intention commune des parties ne grevait pas actifs considérés individuellement mais plutôt une université abstraite constitué par ces mêmes et dont la composition pouvait changer au fil du temps⁵³⁷ ». Il en résulte que la société de projet alors exercer toutes les opérations portant sur les biens faisant l'objet de la sûreté et nécessaire pour honorer ses propres engagements envers ses cocontractants⁵³⁸. Dans la seule condition que ces opérations s'inscrivent dans le cours normal de ses activités.

A notre avis, cette liberté dont jouit la société de projet de disposer des biens faisant l'objet de la sûreté a pour conséquences d'exposer les banques prêteuses à des dangers car elles ne priment alors à cette période que sur les créanciers chirographaires de la société de projet et ceux titulaires de sûretés de même niveau. Face à cette situation, deux solutions sont concevables. La première consiste à restreindre la capacité de la société concessionnaire de procéder à des opérations sur ses actifs notamment celle de constituer de nouvelles sûretés sur les mêmes actifs. La deuxième solution consiste à rendre la cristallisation de la *floating charge* automatique dès la survenance de l'un des événements sus mentionnés afin de déterminer l'assiette de la sûreté le plus rapidement possible⁵³⁹.

408. En définitive, lorsque la cristallisation se réalise, la « *floating charge* devient *fixed charge* » ; et les biens pris individuellement deviennent directement grevés de sûreté⁵⁴⁰.

⁵³⁴ Cette condition est exigée par les sections 393 et 398 du *Company act* de 1984.

⁵³⁵ Pascal Deniau, op cit 1990 p 104.

⁵³⁶ Xavier de Kergommeaux, Gilles Saint-Marc, "Le cadre juridique des titrisations internationales", DPC I N° 3 1996 p 337, voir aussi Marie Marthe Calvière, introduction à la titrisation DPCt N° 3 1996 p 134.

⁵³⁷ Jean François RIFFARD, op cit 1997 p 250

⁵³⁸ Elle peut donc vendre ses produits, consacrer une partie de ses revenus aux salaires de son personnel, grever les biens d'autres sûretés et même aliéner ses biens mais si les banques sont titulaires d'une *fixed charge*, elle imposent à la société de projet des contraintes en la privant de sa liberté de procéder à des opérations sur ses actifs ; et ainsi le *floating charge* se convertit en *fixed charge* qui porte non plus sur des actifs flottants mais déterminés.

⁵³⁹ Siebe gormand & Co. Ltd. V/ Barclays bank ltd 1979, Lloyds Report 1979 p 43 cité par Pascal DENIAU op cit Thèse Dijon 1990 p 103.

⁵⁴⁰ Claude witz, op cit 1992 p 146

Les banques vont alors procéder à la désignation d'un *receiver* qui va liquider l'actif grevé jusqu'à due concurrence de la somme de la créance due au créancier titulaire de *floating charge*⁵⁴¹.

Avec le même élan, une attention et diligence sans faille, doivent orienter le montage contractuel.

⁵⁴¹ Jean François Riffard, op cit p 250. Mais le bénéficiaire d'une floating charge sera primé par les créanciers privilégiés et titulaires d'un fixed charge en cas de mise en faillite ou liquidation.

TITRE II : L'ORGANISATION CONTRACTUELLE DU PROJET CET

409. La structuration contractuelle consiste en la conclusion, à travers une structure sociétaire, un ensemble de contrats régissant les différentes relations entre les acteurs du projet. Cette structure a pour objectifs de confier à une société concessionnaire le droit d'exploiter pendant une période liée à la rentabilité du projet. Cette durée doit être à la fois comte et suffisante. La brièveté de la durée permettra la cession de l'équipement à l'autorité concédante. La suffisance de la durée a pour effet d'assurer l'amortissement financier de l'opération.

410. La structure contractuelle mise en place pour la réalisation d'un projet CET n'est pas identique dans tous les projets dans la mesure où les objectifs recherchés par les promoteurs varient d'une situation à l'autre. Ainsi, les projets routiers exigent des contrats de concession de construction et de prêt alors que les projets de l'énergie nécessitent la mise en place d'une structure contractuelle impliquant des contrats *supply or pay et take or pay*. Nous évoquerons le procédé contractuel de base (chapitre I) fondement des relations contractuelles pendant la construction et l'exploitation de l'ouvrage (chapitre II).

CHAPITRE 1: LE PROCEDE CONTRACTUEL DE BASE : L'ACCORD DE PROJET

411. La technique contractuelle de réalisation de projet CET est née de la pratique. Confrontée à un important moyen financier sollicité auprès des banques commerciales, d'institutions financières internationales⁵⁴², ces projets concernent, dans la majorité des cas, des activités de service public. En dehors de la technique CET, ces projets peuvent être aussi réalisés par un certain nombre de mécanismes⁵⁴³. Il en est ainsi de l'affermage⁵⁴⁴. C'est un contrat par lequel « une autorité publique confie à un délégataire appelé fermier le soin d'exploiter à ses risques et périls un équipement déjà construit en se rémunérant directement auprès des usagers⁵⁴⁵ ».

412. La logique de ces mécanismes contractuels ne s'accorde pas avec celle de la formule CET. Car dans la technique CET, les promoteurs prennent en charge le financement et la construction des installations, la rémunération de l'exploitant dans le projet CET est assurée uniquement par les recettes générées par le projet. Au contraire, la rémunération du fermier est assurée par une part des revenus du projet et l'autre part revient à l'Etat en vue d'assurer l'amortissement des investissements à réaliser. La rémunération du régisseur est versée par l'Etat et celle du gérant est fixée forfaitairement dans le contrat. Enfin, aux termes du contrat CET, les promoteurs ont l'obligation de transférer la propriété des installations, la rémunération de l'exploitant dans le projet CET est assurée uniquement par les recettes générées par le projet. Au contraire, la rémunération du fermier est assurée par une part des revenus du projet et l'autre part revient à l'Etat en vue d'assurer l'amortissement des investissements à réaliser. La rémunération du régisseur est versée par l'Etat et celle du gérant est fixée forfaitairement dans le contrat. En effet, au terme du contrat CET, les promoteurs ont l'obligation de transférer la propriété des installations à l'autorité publique contractante ; ce

⁵⁴² Les institutions financières internationales sont particulièrement activées dans le financement de projet CET. Il s'agit en outre de la banque mondiale, de la SFI.

⁵⁴³ Le premier est la régie intéressée par laquelle l'Etat ou l'une de ses émanations prend la charge du financement et de l'établissement du service en confiant les tâches d'exploitation et d'entretien à une entreprise privée qu'en assure la gestion pour le compte de l'Etat. Sa rémunération n'est pas assurée par les recettes perçues auprès des usagers mais par une prime déterminée en fonction du chiffre d'affaires, complétée par une récompense de productivité et parfois une part du bénéfice.

Le deuxième est la gérance par laquelle l'Etat confie à une entreprise privée le soin d'exploiter des installations du service déjà construites soit par l'Etat ou par un précédent concessionnaire. Sa rémunération consiste en une prime forfaitaire.

⁵⁴⁴ C'est un mode de gestion peu utilisé. Le gouvernement du Sénégal y a fait recours, tout de même, pour la production indépendante d'électricité dans le contrat qu'il a conclu avec la société Greenwich Turbine Inc. (GTI) et qui a vu ériger la Centrale CTV de Cap-des-Biches (50 MW en cycle combiné).

⁵⁴⁵ Jean François DUFAU, la délégation de service public, guide pratique, Dalloz, 1992 pp 61 et 62.

qui n'est pas le cas dans l'affermage, la gérance ou la régie intéressée parce que les infrastructures financières par l'Etat sont toujours intégrées à son patrimoine. Finalement, le mécanisme le plus approprié à la logique de la formule CET est la concession⁵⁴⁶. Le recours à la technique de la concession est indispensable lorsqu'il s'agit d'exploiter un service public. La concession s'avère alors nécessaire pour la structuration contractuelle du projet. Nous aborderons, à cet effet, la formation du contrat de concession CET (section I) et son exécution (section II)

Section I : La formation du contrat de concession CET

413. Le contrat de concession CET constitue le document principal autour duquel se fondent les différentes relations contractuelles entre les parties. Il permet de confier à la société concessionnaire un droit d'exploitation.

Nous tenterons de cerner la notion de concession CET (paragraphe I) et les modalités de son attribution (paragraphe II)

Paragraphe I : La notion de contrat de concession CET

414. Il est nécessaire d'appréhender la notion de concession CET à travers l'étude de sa nature juridique (Sous paragraphe I) et ses caractéristiques (Sous paragraphe II)

Sous paragraphe I : La nature juridique ambivalente du contrat CET

415. Il est impossible de standardiser la nature juridique⁵⁴⁷ du contrat de concession CET. Tout dépend de son objet. Toutefois, la détermination de cette nature revêt une grande

⁵⁴⁶ Le mécanisme de la concession a fait l'objet de nombreuses études particulières ; et si elle est utilisée dans les projets CET, c'est en des proportions particulières. En effet, du fait de la nature privée des opérations CET, le mécanisme de la concession subit des modifications afin de l'adapter aux objectifs des promoteurs et aux spécifications du projet.

⁵⁴⁷ Les juristes du XIX^e siècle ont introduit sans théoriser, une distinction entre la nature d'un objet juridique et son essence. La nature juridique correspond à l'idée d'éléments qui entrent couramment mais non nécessairement dans la définition de cet objet. C'est ainsi que, déjà, Trolong disait du mandat qu'il est « gratuit par nature et non par essence ». On peut, en réalité affirmer que l'idée de nature recouvre probablement celle de tradition ou d'origine. Le mandat est gratuit à ses origines. C'est que traduit l'étymologie du mot : manu data, c'est la main qui donne et qui scelle l'accord entre amis c'est-à-dire gratuit. Par contre, l'essence du mandat, c'est l'effet de représentation. Or en matière de contrat administratif, c'est l'activité de l'Etat qui en constituera la mesure. Mais c'est quoi l'activité de l'Etat ? Certainement pas seulement « le monopole de la contrainte physique légitime » (Max Weber)

importance. C'est en effet, sur ce fondement que sera fixé le contenu du contrat et l'ordre juridique auquel il sera soumis. Le contrat de concession CET est un contrat qui se situe dans la sphère privée et administrative, et de ce fait, soumis au droit administratif (A) et au droit civil et commercial (B).

A- L'accord de projet et le droit administratif

416. L'accord de projet ou contrat de concession CET a pour objet l'exploitation d'un service public ou de ressources naturelles nationales (hydrocarbures, eau, mines, etc.) pendant une longue période (une vingtaine d'années ou plus)⁵⁴⁸. Cet accord est alors soumis aux règles de droit public, en tant que contrat administratif. Un certain nombre de critères doit, toutefois, être pris en considération (1) ces critères permettent d'identifier l'accord de projet en tant que contrat administratif (2).

1) Les critères du contrat administratif

a) Les critères du contrat administratif du point de vue des droits africains

417. Y'a-t-il une approche africaine des contrats administratifs ? ⁵⁴⁹ Il ne serait pas judicieux de l'affirmer absolument. Car, à la vérité, les droits administratifs africains trouvent leur origine matérielle dans le droit administratif français.⁵⁵⁰ La particularité de l'action contractuelle de l'administration est de poursuivre un but d'intérêt général ; ce qui, du coup, la soumet à un régime juridique particulier. En effet, les contrats de l'administration pouvant être de droit public ou de droit privé.⁵⁵¹ Au Sénégal, le droit des contrats administratifs est, essentiellement, régi par le code des obligations de l'Administration (COA)⁵⁵². Toutefois, le juge intervient parfois pour apporter ses précisions. En premier lieu, aux termes de l'Article 5 du COA, un contrat passé, par une personne publique peut être qualifié d'administratif par

⁵⁴⁸ Pendant cette période, la propriété des biens (les réserves dans le cadre des hydrocarbures) n'est pas transférée. C'est plutôt le fruit de l'exploitation (le pétrole brut, le gaz, énergie etc.) qui devient propriété du concessionnaire. Ceci induit une rigueur des règles d'octroi des concessions.

⁵⁴⁹ Il s'agit surtout des pays africains francophones.

⁵⁵⁰ La plupart de ces droits administratifs sont jeunes. Ils n'existent que depuis les indépendances. C'est donc un droit en construction. Ils doivent d'ailleurs chercher à s'adapter au contexte socio-culturel et économique africain et ne doivent verser systématiquement dans un « mimétisme juridique » naïf.

⁵⁵¹ Demba Sy, cours de droit administratif. Polycopie UCAD 2005. p.320 et 321.

⁵⁵² Ibidem. P.322.

une disposition législative ou réglementaire. L'art.6 affirme, d'ailleurs sans équivoque que « la loi ou le règlement peut à tout moment, attribuer la qualité de contrat administratif à une catégorie de conventions auxquelles une personne morale de droit public est partie ». Ainsi, la plupart des codes de marchés publics qualifie ces marchés de contrats administratifs.⁵⁵³ En second lieu, la jurisprudence a pu dégager un certain nombre de critères pour qualifier ces conventions de contrats administratifs. C'est d'abord le critère organique⁵⁵⁴, c'est-à-dire celui relatif à la présence d'une personne publique. C'est ensuite le critère matériel qui admet, de façon alternative, que le contrat est administratif en raison de son objet ou de son contenu.⁵⁵⁵ De son côté, la Cour administrative Suprême égyptienne définit le contrat administratif comme « le contrat conclu par une personne morale de droit public en vue de gérer un service ou de le faire fonctionner, et elle doit avoir recours aux moyens du droit public en faisant contenir dans le contrat une des clauses exorbitantes inhabituelles dans les contrats de droit privé ».⁵⁵⁶ En d'autres termes, le contrat administratif doit être conclu par une personne morale de droit public. Toutefois, la présence d'une personne publique comme partie ne signifie pas que ce contrat est absolument un contrat administratif. Il doit avoir, par ailleurs, pour objet de gérer ou faire fonctionner un service public. Il est alors indispensable qu'il contienne des clauses exorbitantes de droit unilatérale ou sous l'impulsion de la part du cocontractant, de la modification des conditions financières du contrat de surveillance du contractant, de détermination du prix du service, de remplacement du cocontractant, l'exercice de contraintes à l'égard des tiers etc. A la vérité, le mimétisme juridique du droit français par les droits africains est flagrant.⁵⁵⁷

⁵⁵³ On peut citer, le Décret du 30 mai 2002 portant Code des marchés publics du Sénégal, la loi Sénégalaise n°13/2004 relative aux contrats de construction, exploitation, transfert d'infrastructures en son article 3, l'art 1^{er} du Code des marchés publics du Bénin adopté par Ordonnance N° 96-04 du 31 janvier 1996.

⁵⁵⁴ Le critère organique du contrat administratif prend place traditionnellement parmi les plus solides des règles de répartition des compétences contentieuses. En France, quatre exceptions (les jurisprudences Peyrot, SERM, Laurent et Nersa) ont apportées à ce principe. Récemment, la jurisprudence a introduit une cinquième : Arrêt Compagnie générale d'assurance et Société GAN-Vie. Il a été demandé au Conseil d'Etat français si un contrat de cautionnement conclu entre une société interprofessionnelle d'intervention agricole et une société importatrice d'oléagineux à laquelle s'étaient substituées les deux sociétés requérantes avait un caractère administratif. Le Conseil d'Etat estima qu'il s'agissait d'un engagement direct des garants envers le créancier et qu'il convient de s'attacher au contrat de cautionnement proprement dit. On peut de fait se demander si le critère organique du contrat administratif peut durer ou s'il ne faudrait pas l'étendre aux contrats passés entre personnes privées sous l'influence publique ? V. François Lichère, L'évolution du critère organique du contrat administratif, RFDA, mars-avril, 2002, pp. 341 et 348.

⁵⁵⁵ On peut constater que l'activité du juge en cette matière, a inspiré le législateur sénégalais à l'occasion de l'élaboration du C.O.A.

⁵⁵⁶ La Cour Administrative Suprême, 20 Septembre 1967, Groupe des Principes de la Cour administrative Suprême en quinze ans de 1965 à 1980 p.1831.

⁵⁵⁷ Bien sûr, nous comprenons cet état de chose, eu égard aux liens historiques entre la France et ces pays.

b) Les critères dégagés par la jurisprudence française

418. Avant 1956, le conseil d'Etat français hésitait entre le critère du service public et celui des clauses exorbitantes. Jusqu'à 1912, le contrat est administratif si son objet est de gérer ou faire fonctionner un service public. A partir de cette date et jusqu'à 1956⁵⁵⁸, les clauses exorbitantes constituent un critère d'identification du contrat administratif ; et le Conseil d'Etat français s'en tient à ce critère⁵⁵⁹. Il semble donc que l'accord de projet ou contrat de concession CET peut être considéré comme un contrat administratif du point de vue de la jurisprudence française dans la mesure où le contrat de concession CET ne comporte pas de clauses exorbitantes⁵⁶⁰.

419. Dans la concession CET, l'autorité concédante ne peut modifier les conditions financières du contrat, ni le résilier ou l'annuler unilatéralement. Les clauses qui ont cet objet sont toujours écartées dans l'accord de projet ou contrat de concession CET. C'est ainsi que le contrat de concession entre l'Iran et la Grande-Bretagne en 1933 dans le domaine pétrolier comprenait la clause suivante : « cette concession ne sera pas annulée par le Gouvernement et les dispositions y contenues ne seront altérées ni par une législation générale ou spéciale future, ni par des mesures administratives »⁵⁶¹. L'autorité concédante ne peut donc pas modifier le prix des produits ou services générés par le projet.⁵⁶²

c) Les règles régissant le contrat administratif

420. En France ou dans la plupart des pays africains francophones, le droit administratif est un droit jurisprudentiel. En matière de contrat administratif, le juge fait fréquemment recours au droit civil et commercial, en considérant au critère de l'utilité publique. C'est ainsi que sur ce fondement, l'administration peut modifier, résilier unilatéralement le contrat ou demander son annulation si l'utilité publique l'exige sous la condition qu'elle accorde une compensation équitable. Cette qualification administrative de l'accord de projet va beaucoup influencer sa formation.

⁵⁵⁸ Date de l'arrêt Bertin du 20 Avril 1956

⁵⁵⁹ André de LAUBADERE, Frank Moderne et Pierre DELVOLE, *Traité des contrats administratifs*. T-I. 2^{ed}. LGDJ 1983 p 172.

⁵⁶⁰ Ces clauses peuvent être stipulées par des règlements ou lois aux quels le contrat fera référence.

⁵⁶¹ Cité par Gérard Cohen – Jonathan, *les concessions en droit international public*, thèse Paris I. 1966. p. 496.

⁵⁶² Même si l'accord ne le prévoit pas expressément, cette interdiction peut découler de la législation générale et de contexte économique libérale du pays.

2) L'identification de l'accord de projet ou contrat de concession CET

421. L'accord de projet peut être rapproché du contrat de concession de services publics⁵⁶³. Dans le contrat de concession CET ou accord de projet, l'Etat ou l'une de ses émanations confie à une personne la mission de construire et d'exploiter un projet pour une durée suffisante lui permettant, par les redevances perçues des usagers, de récupérer ses capitaux avec une rémunération équitable. Que l'on soit dans le contrat de concession ou le contrat de concession CET ou Accord de projet, la personne privée est appelée concessionnaire et l'Etat ou ses émanations autorité concédante⁵⁶⁴.

422. En matière législative, le code civil égyptien définit le contrat de concession comme un contrat ayant pour l'objet la gestion d'un service public d'ordre économique. Il est conclu entre l'autorité administrative compétente pour organiser le service public et un particulier.

423. La loi Sénégalaise N° 13 2004 relative aux contrats de constructions exploitation et transports d'infrastructures précise en son article 2 que : « Les contrats CET (BOT) fixent les conditions de rémunération de l'opérateur de projet. La rémunération de l'opérateur de projet peut résulter des redevances perçues sur les usagers des redevances effectuées par l'autorité concédante ou une autorité publique » et l'article 3 de déterminer que « les contrats CET (BOT) sont des contrats administratifs qui sont régis par les dispositions de la présente loi ainsi que par celles du code des obligations de l'administration dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions de la présente loi ». L'accord de projet ou contrat de concession CET est donc un contrat par lequel l'Etat ou l'une de ses émanations appelée autorité concédante, charge une personne morale de droit privé, souvent un consortium international, dit concessionnaire, de construire, d'exploiter et de maintenir un projet à ses risques et périls, pour une durée relativement longue en contrepartie d'une rémunération versée, non pas par l'autorité concédante mais, les utilisateurs du projet. Au terme de la concession, le concessionnaire est tenu de transférer gratuitement la propriété du projet à

⁵⁶³ Cf. Jean Dufau, "Les concessions de service public", *Moniteur*, 1979 p. 21. Selon M. Charles GEORGIN, le contrat de concession de service public et de travaux publics est un contrat « dans lequel l'entrepreneur est rémunéré par la concession de service public. Au lieu de recevoir immédiatement de l'administration la rémunération de ses travaux, il la reçoit petit à petit de la main des usagers. Charles Georgin, "Cours de droit administratif, Ecole Spéciales des Travaux Publics, Paris 1931, citée par Dominique Lorrain, "Les services urbains, le marché des équipements publics" ; sous la direction de Claude Martinand, Economica, 1993 pp. 26 et ».

⁵⁶⁴ On parle aussi, de façon générale, de puissance publique. Cette expression englobe l'Etat, la région, ou la province, ou toute autre autorité publique.

l'autorité concédante. En réalité, le contrat de concession en BOT, malgré les puits de convergence avec le contrat de concession, n'est pas un contrat de concession de service public. Dans la mesure où celui-ci suppose une présentation d'un service public et une perception directe, par le concessionnaire, sur la contrepartie de ce service⁵⁶⁵.

424. Dans la pratique, c'est l'autorité concédante qui perçoit la rémunération pour le compte du concessionnaire auprès des usagers sur la base des stipulations du contrat dit *take or pay*⁵⁶⁶. Il faut tout de même noter que l'élément strict et classique que constitue la rémunération s'effectue toujours par les usagers⁵⁶⁷. C'est ainsi que dans le projet d'exploitation du gisement FOXTROT en Côte d'Ivoire, une fraction du prix de vente de chaque kilowatt heure est facturée par le titulaire de la concession de distribution mais il n'existe pas, de fait, aucun lien contractuel direct entre le producteur et les usagers. Le contrat ne peut donc pas être qualifié de concession de service public⁵⁶⁸. Au demeurant, l'Etat confie au concessionnaire de service public la totalité des fonctions de financement, construction et exploitation alors que dans le projet CET, il assume une partie des risques par des subventions, des prêts à long terme, la participation au capital de la société concessionnaire appelée société ou opérateur de projet ou des contrats *take or pay* ou *supply or pay*.

425. En somme, « la particularité essentielle de la concession à la française est bien d'organiser, par voie du contrat, une coopération de long terme entre une collectivité publique et un investisseur opérateur, afin d'exécuter une mission de service public, en combinant maîtrise publique et efficacité de la gestion privée. C'est en cela qu'elle diffère CET (...) anglo-américain qui s'applique aussi bien à des projets industriels privés comme à des infrastructures publiques, les obligations de service public étant entièrement définies par le contrat⁵⁶⁹ ». M. Marc Fillet souligne au soutien, que les caractéristiques de concession sont différentes de celles de La CET: *“these characteristics, which are, in my understanding the essence of the internationally recognized BOT scheme, are different from those involved in rather standard contract conditions by which the employer requests the works to be done by a*

⁵⁶⁵ Henri SARIE-ELDINE. “Le cadre juridique de financement des projets d'infrastructures par le secteur privé selon la formule BOT en Egypte” in Colloque international sur le financement des projets d'infrastructures selon la formule BOT, organisé par le Ministre des finances, le programme le développement du droit commercial Américain, le centre régional de l'Arbitrage de Caire et l'Organisme Public des Services Gouvernementaux, 15-16 Mai 1999 p. 18.

⁵⁶⁶ Idem N° 552

⁵⁶⁷ Patrick Blanchard, concessions et BOT électriques et gaziers en Côte D'Ivoire : Tentatives innovantes des années 90. RDAI, 2000 N° 5 p 574.

⁵⁶⁸ Idem, p. 547.

⁵⁶⁹ Claude MARTINAUD, l'influence internationale du concept de gestion déléguée de service public : in la gestion déléguée de service public, des sciences administratives, RJ. 1997 N° 1 p. 134

*contractor and have them delivered to him completion*⁵⁷⁰. Les projets CET diffèrent de la concession à la française en raison de leur nature purement privée⁵⁷¹.

426. A l'instar de ce qui se passe dans les contrats de construction, dans lequel les parties adoptent les conditions FIDIC, l'Etat et la société de projet ou société concessionnaire peuvent se référer aux conditions du contrat de concession des services publics organisées législativement. Cette pratique constitue un avantage fiscal pour les parties. Le Conseil d'Etat français a d'ailleurs autorisé les concessionnaires de service public, et eux seuls, à amortir fiscalement les capitaux investis⁵⁷². Alors qu'en règle générale, le remboursement des capitaux empruntés doit rester sans influence sur les résultats d'exploitation ; ce principe comporte une exception pour la société concessionnaire selon laquelle celle-ci est autorisée à déduire un amortissement dit de caducité ayant le caractère d'amortissement financier⁵⁷³. Un amortissement industriel peut être aussi pratiqué pour les installations concédées dont la société aura à assurer le renouvellement en cours de concession. Toutefois, ces conditions n'obligent pas les parties à les transcrire en totalité dans leur contrat. Elles peuvent procéder à des modifications comme elles feraient pour les conditions FIDIC, de manière à les adapter à leurs objectifs. Elles peuvent ainsi convenir des règlements des contentieux devant un tribunal arbitral, au lieu de la juridiction judiciaire compétente ; ou empêcher l'autorité concédante de résilier, d'annuler unilatéralement le contrat ou bien d'intervenir dans la détermination du prix des services ou produits générés par le projet.

428. A l'occasion de son exécution, sur la base d'un ensemble d'hypothèses homogènes, valide ou restreint sa crédibilité⁵⁷⁴. Il convient alors pour équilibrer les intérêts des promoteurs, des prêteurs et ceux de l'Etat contractant, la société de projet et l'Etat peuvent transformer les clauses du contrat CET en clauses contractuelles et réglementaires. Les clauses contractuelles ont pour objet les droits pécuniaires de la société de projet et les clauses réglementaires portent les conditions de l'organisation du service public. Ces derniers ne peuvent être modifiés. Cette possibilité est conforme à la théorie qualifiant la concession

⁵⁷⁰ Marc Fillet, BOT contracts the critical ingredients of the French model PFI issue 74, 8 June, 1995, p. 33.

⁵⁷¹ Jean Marc LONCLE, La réalisation de projets d'infrastructure : l'approche BOT, Dalloz Affaires 1997, N° 3 p. 205.

⁵⁷² Jean pierre LEGALL, "La fiscalité du financement privé des infrastructures collectivités pour le compte personnes publiques, Banque et Droit 1989. N° 7 p. 210

⁵⁷³ Jean Marc Tirard, "Le financement fiscal et comptable des financements des projets", MTF, 1992 N° p 27.

⁵⁷⁴ Didier LAMETHE, "Les nouveaux contrats internationaux d'industrialisation (Esquisse d'un manifeste dans les relations Nord-sud)", JDt 1982 N° 1, p. 87.

d'acte mixte⁵⁷⁵ cette théorie se fonde sur la distinction au sein du contrat de concession, de deux catégories de dispositions : des dispositions à caractère contractuel et des à caractère réglementaire. Le critère de distinction entre ces deux catégories de clauses est le suivant : « sont clauses contractuelles, toutes les dispositions qui ne seraient pas concevables si le service public était exploité en régie comme par exemple, celles relatives à la garantie d'intérêt, aux subventions payés par l'administration ou partage de bénéfices, aux redevances payées par le concessionnaire. Au contraire, sont clauses réglementaires formant véritablement la loi du service, les clauses qui contiennent des dispositions concevables et existant en fait pour un service public exploité directement par l'administration. Par exemples, les dispositions relatives au mode d'exploitation, au nombre et à la vitesse des trains s'il s'agit d'un chemin de fer concédé, aux tarifs, aux conditions de sécurité, aux salaires des employés »⁵⁷⁶. La qualité mixte de la concession a été confirmée par la cour administrative suprême égyptienne ; estimant que « bien qu'il soit admis du point de vue jurisprudentiel et doctrinal que les conditions du contrat de services public sont soit contractuelles soit réglementaires, ces dernières sont les seules que l'autorité concédante pourrait, n'importe quand et conformément aux nécessités de l'intérêts public modifier unilatéralement »⁵⁷⁷

429. A appliquer littéralement des conditions législatives du contrat de concession des services publics au contrat de concession CET, on serait en contradiction avec la philosophie économique de la formule CET et aux mobiles de son adoption : La privatisation, la libéralisation de l'économie, la tendance mondiale de la gestion privée des projets publics, etc⁵⁷⁸. Il est inévitable de se référer au contrat de concession de service public en raison de la

⁵⁷⁵ Jean DUFAU, 'Les concessions de service public', Moniteur 1979, pp 54 et S. Il existe aussi la théorie de la nature contractuelle qui considère la concession un contrat pur et simple ; que l'on soit dans les rapports concessionnaires autorité concédante ou au regard de toutes personnes intéressés. Il peut être fait application du principe Pacta sunt servanda. Le contrat ne peut être modifié que par un consentement mutuel. Cette théorie a été sévèrement critiquée du fait qu'elle est inconciliable avec la jurisprudence du Conseil d'Etat français qui a donné aux usagers de critiquer, par la voie du recours pour excès de pouvoir, les mesures prises en violation des clauses du cahiers des charges (Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey, Tivoli, Recueil des décisions du conseil d'Etat « Recueil lebon » p 962, concl. Romieu : s. 1907. III. 33 note Haurion ; D, 1907 III. 41 concl. Ronciu. Il y a aussi la théorie de la double nature de la concession se détermine en fonction des personnes auxquelles elle s'applique. En conséquence, la concession a un caractère contractuel dans les rapports entre ne peut être que de commun accord). Elle revêt un caractère réglementaire dans les rapports entre les usagers et le concessionnaire (l'autorité concédante peut procéder à des modifications unilatérales les clauses réglementaires : Jean Dufau, op. cit, 95)

⁵⁷⁶ Dnguit, "Traité du droit constitutionnel" 3^{ème} ed. T I P 421

⁵⁷⁷ L'arrêt de la Cour Administrative supérieure Egyptienne, 30 décembre 1977 l'affaire 110, l'année 13 jurisprudentiel, Groupe du bureau technique p. 27

⁵⁷⁸ Le législateur égyptien est d'ailleurs intervenu par de nouvelles lois pour, à la fois adopter la formule BOT et modérer les exigences contenues dans les lois existantes notamment la loi N° 1947 relatives aux concessions de service publics.

présence de l'autorité publique en tant partie et de ce que la relation concerne l'exploitation d'un service public.

B- L'accord de projet dans le droit privé

430. Lorsque le contrat de concession CET ou accord de projet est considéré comme contrat de droit privé, l'Etat agit comme une personne privée ; et il sera fait application du droit civil et commercial (1). Il revient au juge de procéder à une telle qualification (2). Aussi, lorsque dans la relation interviennent des institutions financières internationales ou des sociétés étrangères, la concession CET peut être qualifiée de contrat d'Etat (3).

1) La soumission de l'accord de projet au droit privé

431. Lorsque des clauses exorbitantes font défaut dans le contrat, la concession CET est un contrat de droit privé. L'Etat agit alors comme un particulier même si la concession CET est octroyée par suite d'une décision du conseil des ministres. Cette formalité n'a aucune conséquence sur la nature juridique du contrat. D'après M. André de LAUBADERE, « sans incidence sur la nature privée du contrat, le fait que celui-ci a pu être accompagné d'une mesure administrative d'approbation, d'homologation etc. un contrat entre personnes privées approuvé pour une autorité administrative demeure un contrat entre personnes privées »⁵⁷⁹ La décision du conseil des ministres peut aussi prendre la forme de concession ou de licence.⁵⁸⁰ En cette matière, l'UNIDO BOT Guidelines⁵⁸¹ souligne que la majorité des pays qui appliquent la technique CET utilisent l'accord du projet comme l'instrument légal le plus approprié pour les arrangements complexes CET. Cependant, certains pays accordent le droit d'exploitation par un acte administratif.

432. En tout état de cause, on ne saurait confondre la nature légale d'un accord de projet et celle d'une autorisation. En la forme, la technique contractuelle est utilisée dans la plupart des systèmes légaux, une autorisation est considérée comme un acte administratif. Selon le guide

⁵⁷⁹ De Laubadère, *Traité des contrats administratifs*, op. cit. Tome I 1983 p. 166.

⁵⁸⁰ Par la licence, l'Etat autorise un privé à exercer une activité déterminée alors que la concession est une délégation par l'Etat à une personne privée d'exercer une activité relevant de la compétence publique. Voir à propos, Pierre Guislain, "Les privatisations un défi stratégique et institutionnel Ed. De Boeck -Wesmack 1995, p 235.

⁵⁸¹ UNIDO BOT Guidelines, op. cit. 1996 p. 224.

ONUDI, cette différence entre un accord de projet et une autorisation administrative peut avoir plusieurs conséquences pratiques. Ainsi, l'autorisation est révocable ou peut être amendée par le gouvernement sans avoir préalablement le consentement de la société concessionnaire. Au contraire, un accord de projet ne peut être modifié qu'après le consentement des parties. C'est pourquoi, le guide recommande, à juste titre, l'utilisation du contrat comme instrument pour arranger le système CET compte tenu de sa flexibilité par rapport à l'autorisation administrative.

2) La compétence du juge en matière de qualification du contrat

433. Le juge a seule compétence pour qualifier la relation de contrat administratif ou privé. L'article 12 du NCPC français permet au juge de « donner ou rectifier leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans arrêter à la dénomination que les partis en auraient proposée ». On peut, à ce propos, envisager deux cas de figures.

Dans les pays qui ont adopté la formule CET, il peut arriver que le législateur adopte une qualification qui n'est pas souvent partagé par les Cours constitutionnelles. Ainsi, en Turquie, le conseil l'Etat, à l'issue de l'étude d'un certain nombre de projets réalisés selon la technique CET, décide, le 15 Mai 1995, que les contrats CET ne constitueraient pas des concessions et seraient soumis au droit privé⁵⁸².

434. Au contraire de cette décision qui est conforme à la N° 3996 sur les contrats CET, et qui les qualifie de « non concessionary », la cour constitutionnelle turque, par arrêt N° 1995 / 23, a conclu que les contrats de base entre l'Etat turc ou l'une de ses émanations et les sociétés étrangères étaient, en réalité, de nature administrative⁵⁸³. Il arrive aussi parfois que les parties au contrat CET conviennent de considérer celui-ci comme un contrat commercial et non administratif. La relation sera alors soumise aux règles de droit privé afin d'écarter les prérogatives de puissance de l'autorité concédante. Mais dans cette hypothèse, le juge ou l'arbitre n'est pas obligé de suivre la qualification donnée par les parties. En réalité, lorsque la relation s'inscrit dans le droit privé, l'Etat contractant peut en supporter les conséquences graves la société concessionnaires peut demander une compensation dans la mesure où lors de la présentation de sur offre le risque de requalification du contrat en contrat administratif n'a pas été pris en considération.

⁵⁸² Voir Didier LAMETHE, "Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matière de grands projets d'investissement", JDI, N°1, 1998, note 29, p.260.

⁵⁸³ Pierre Henri Ganein, "Financement de grands projets internationaux", RDAI, N° 2, 1997 p. 260.

3) L'accord de projet est un contrat d'Etat

435. Au regard de la doctrine et des sentences arbitrales, le contrat de concession CET ou Accord de projet fait partie la catégorie des contrats d'Etat⁵⁸⁴.

436. Selon la doctrine, un certain nombre d'éléments caractérisent le contrat d'Etat. Pour M. McNairs, les contrats d'Etat sont conclus entre le gouvernement et une personne étrangère dotée d'une personnalité morale conformément à la loi du pays auquel elle appartient. Ce sont des contrats de longue durée. La partie étrangère est dotée de droits qui ne sont pas de nature contractuelle (droit d'être propriétaire de terrains sur le territoire de l'Etat contractant, des droits inhabituels d'importer ou d'exporter). Ces contrats sont en partie soumis au droit public. Le règlement des différends s'effectue par le recours à l'arbitrage international par l'intermédiaire d'une convention d'arbitrage⁵⁸⁵.

Pour Mr Seeild-Hohenveldern, les contrats d'Etat écartent l'application de la loi du pays contractant et évincent les juges pour le règlement des différends. On recourt alors aux principes généraux du droit.

437. Pour la doctrine, le contrat d'Etat est donc un contrat service public en ce sens que les parties contractantes sont l'Etat ou un organisme public⁵⁸⁶ ou une de ses émanations et une personne physique ou morale étrangère.

438. Au regard des sentences arbitrales, notamment dans l'arbitrage Sapphire, l'arbitre fait le départ entre contrats d'Etat et contrats commerciaux habituels. Il recommande de « prendre en considération que le présent contrat diffère profondément des contrats commerciaux usuels visés par des règles traditionnelles du droit international privé. Tout d'abord, il lie d'une part une société nationale, soit une corporation dont le statut dominant est celui d'une corporation

⁵⁸⁴ Mohamed Badran, "Vers de nouvelles perspectives de la privatisation", Cabinet Badran ; Des consultations juridiques, 1999, p. 11. Actuellement, les contrats d'Etat constituent les moyens plus appropriés pour réaliser le développement économique et social. C'est pourquoi, ces contrats contiennent des dispositions expresses précisant que ceux-ci contribuent au développement économique du pays d'accueil. Par exemple, l'article 4 du contrat du 20 Octobre 1978 entre le Zaïre et Totrage stipule que « l'objectif du contrat est l'engagement de la société à exécuter toutes les mesures qui contribuent à améliorer l'infrastructure de l'Etat » ou « la société s'engage à faire les investissements utiles au développement économique du pays » exemples cités par Fouad Riad, les contrats de développement et arbitrage international, Revue Egyptienne du droit international, vol 42 1986 p. 238.

⁵⁸⁵ McNair, "The general principles of law recognized by civilized nations". BYBIL p. 1 et S. 1957.

⁵⁸⁶ A ce propos, M Denis Bouteins (dans "Les contrats entre les Etats et entreprises étrangères, perspectives internationales", Mota Editions Lausanne 1988 p 2) estime que les « contrats d'Etats ne se limitent pas à ceux qui conclus directement par l'Etat lui-même mais s'étendent à ceux conclus par d'autres organes étatiques ». Il ajoute que « cette conception est conforme aux travaux de la commission du droit international des nations unies notamment l'article 5 du projet d'articles sur la responsabilité internationale.

Notons aussi que la convention de Washington des 18 Mars 1965 institution le CIRDI a prévu que la notion d'Etat contractant englobe les collectivités publiques et les organismes qui dépendent de lui ».

publique ; d'autre part une société commerciale étrangère régie par un statut civil étranger. Ensuite, il n'a pas pour objet des opérations commerciales usuelles. Il tend, au contraire, à concéder (...) l'exploitation à long terme des ressources naturelles et comporte pour l'exploitation l'obligation d'investissements importants, l'établissement d'installations permanentes et est générateur de droits qui ne sont pas seulement contractuels mais des concessions assurant temporairement (...) la possession, dans une certaine mesure le contrôle du territoire. Ces concessions confèrent au contrat un caractère particulier relevant tant du droit public que du droit privé. Enfin, il comporte en faveur de la société des aménagements fiscaux manifestement le caractère public ce caractère public est souligné par l'exigence de la ratification par l'autorité iranienne »⁵⁸⁷.

Sous paragraphe II : Les caractéristiques de l'Accord de projet

439. L'accord de projet constitue le noyau de la relation contractuelle CET. Il peut être considéré comme un contrat-cadre, cadre dans lequel les autres contrats sont conclus. En tant que tel, tous les autres contrats intérieurs doivent tenir compte de ses stipulations. C'est à partir de cet accord que tous les autres contrats seront conclus et exécutés⁵⁸⁸.

L'accord de projet a ses caractéristiques propres, relatives aux personnes impliquées (A) ou au domaine d'intérêts (B)

A- Les caractéristiques liées aux personnes impliquées

440. L'une des particularités de l'accord de projet est la présence de l'Etat dans la relation contractuelle ou de l'une de ses émanations. Cette présence induit des problèmes ou difficultés relatives à l'identification de l'autorité publique ou de l'organe étatique compétent pour accorder le droit de concession mais aussi cette implication de l'autorité publique pose la problématique de l'immunité de juridiction. Nous aborderons ces questions successivement.

⁵⁸⁷ L'Affaire Sapphire, Annuaire Suisse de Droit International 1962 vol 19 p. 284.

⁵⁸⁸ Il s'agit en autres du contrat de construction, l'exploitation, du contrat « Take or pay », du contrat « Supply or pay », contrat de maintenance.

1) L'identification de l'autorité publique contractante

441. Il est évident que seul l'Etat ou l'un de ses démembrements peut conclure des contrats CET, en égard à l'objet de ces contrats qui sont des infrastructures publiques, su l'identification de l'Etat ne pose aucun problème, par contre celle des entreprises ou personnes physiques suscite des problèmes et doit donc être en compte.

a) L'autorité contractante dans les pays africains

442. En lui-même, l'Etat est le centre de convergence d'une multitude d'action humaine ou le point d'imputation d'actions. Dans un sens très général, il signifie la « société », la « communauté » ; en tant que telle une forme particulière de société. Assez souvent, cependant, pris dans un sens restreint, il désignerait un organe particulier de la société ; le gouvernement. Juridiquement, l'Etat est assimilé à un phénomène juridique⁵⁸⁹ à une personne juridique. L'Etat est une personne morale de droit public⁵⁹⁰. L'Etat est souvent amené à se comporter comme n'importe quel sujet de droit lorsqu'il acquiert, cède ou défend ses intérêts patrimoniaux. Cependant, lorsque l'on évoque le statut de l'Etat n ne peut faire abstraction au fait que celui-ci se trouve à la source du droit objectif. Par là, il peut modifier à son gré la nature et l'étendue des droits objectifs qu'il détient. Cette constatation met en exergue deux caractères dans la qualité de l'Etat-partie. Il s'agit d'abord de l'Etat-souverain « bardé » de tous ses attributs de prérogatives de puissances publiques déployant les effets de sa souveraineté dans l'ordre interne et international.

Il s'agit ensuite de l'Etat-administration, gestionnaire de ses biens non moins doté de pouvoir exorbitant.

445. Dans la sphère contractuelle, c'est bien l'Etat personne morale qui intervient et consent à s'obliger et non le souverain.⁵⁹¹

446. La doctrine a depuis longtemps considéré que « en tant que souverain, il est voué à l'action unilatérale et tout contrat ne pourrait que le conduire à abandonner une partie de sa souveraineté ». ⁵⁹² Les principes de l'article 1134 c. civ ne peuvent s'appliquer à l'Etat qu'à la condition que se maintienne en permanence la dualité de l'Etat. Cela signifie que l'Etat-

⁵⁸⁹ H. Kelsen.

⁵⁹⁰ Voy. En opinion contraire, Dnguit.

⁵⁹¹ Jacques MOREAU, de l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. AJDA, 1965 pp. 3 et svt.

⁵⁹² Rollaud DRAGO, Le contrat administratif aujourd'hui. Revue Droit. 1990 n°12 p 118.

souverain doit s'abstenir d'intervenir, en cette qualité, dans les matières où l'Etat-administration a déjà contracté des engagements. Mais cette interdiction à l'égard de l'Etat-souverain ne porterait-elle pas atteinte aux intérêts de l'Etat⁵⁹³ ? Cette interdiction exténuerait la souveraineté étatique. Le statut de l'entité publique pose des difficultés à un double niveau. Celles-ci naissent autant de la dualité fonctionnelle de l'Etat (1) que du contrat conclu entre le partenaire privé et une émanation de l'Etat (2).

447. Si l'Etat est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumise à un pouvoir politique organisé⁵⁹⁴, la réalité des difficultés de sa manifestation est évidente en matière contractuelle. L'Etat n'est pas seulement caractérisé par ces trois éléments. Il dispose aussi de la souveraineté comme attribut fondamental⁵⁹⁵ : C'est l'Etat-souverain, celui qui dispose de l'imperium, la force publique, le pouvoir de commandement et la contrainte. D'ailleurs, il est communément reconnu que la notion d'Etat est indissociable de l'affirmation de la souveraineté⁵⁹⁶. Les Etats y sont fermement attachés. Elle demeure d'ailleurs un paradigme. L'Etat détermine alors librement les moyens et les instruments juridiques qu'il entend utiliser dans la poursuite de ses activités et pour la réalisation de ses objectifs. Il ne peut donc lui être imposé la forme ni la modalité d'action dans le commerce international. Aussi dispose-t-il d'une liberté dans le processus de développement ou dans l'exercice de ses fonctions. Il ne violerait aucun principe. Lui nier ses instruments juridiques, ses prérogatives seraient assimilé à une contestation de sa souveraineté d'action. Mais cela ne signifie pas que l'Etat se libérerait de ses obligations de nature conventionnelle⁵⁹⁷ ou contractuelle.

448. A côté du concept d'Etat-souverain, on évoque aussi celui de l'Etat-administration. Le départ n'est pas souvent facile à opérer entre ces deux aspects de l'Etat⁵⁹⁸. Ces deux notions regorgent de conséquences importantes selon que l'Etat contracte avec les attributs de l'un ou de l'autre. Ces caractéristiques recommandent des règles particulières dans l'attribution de l'Accord de projet.

⁵⁹³ Globalement considéré encore appelé Etat-nation.

⁵⁹⁴ Com.arb. Yougoslavie Avis n°1 dn 29 Nov.1991, RGDIP 1992 p.264

⁵⁹⁵ Nguyen Quoc Dinh, Patrick DAILLER, Alain PELLET « Droit international public » 7^e éd. LGDJ.2002 n°275, p.424.

⁵⁹⁶ G.CISTAC, op cit.

⁵⁹⁷ Nguyen Quoc Dinh et alii op.cit n°280 p 435.

⁵⁹⁸ Surtout dans la langue française alors que la différence est significative. D'ailleurs, la langue anglaise utilise le mot « Government » pour désigner l'Etat dans le sens de « administration » et le terme « state » pour celui de l'Etat-souverain » (cf dans ce sens P. Mayer op.cit.p11.)

Paragraphe II : L'attribution particulière de l'Accord de projet

449. Les procédures d'attribution du contrat CET sont caractérisées par une série de démarches différentes de celles utilisées dans un marché classique. Cette particularité est relevée tant pendant la phase de dépôt des offres (Sous paragraphe I) que la phase ultérieure (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I : Les obligations des parties avant le dépôt des offres obligations

A- Les obligations à la charge de l'entité adjudicatrice

450. Ces démarches sont relatives au déroulement même de la procédure d'attribution. Lorsque le dossier d'appel d'offres est préparé, l'autorité publique doit procéder à la pré qualification et la sollicitation des offres.

a) La mise en place du dossier d'appel d'offres

451. Il existe une différence fondamentale de la mise en place du dossier d'appel d'offres dans le cadre du contrat CET par rapport aux marchés classiques. Cette différence résulte de la nature du projet et des objectifs visés par l'autorité publique. La constitution du dossier d'appel d'offres dépend du système juridique du pays de l'entité adjudicatrice.

Dans les systèmes administratifs francophones, cette préparation du dossier s'effectue sur la base du cahier des charges⁵⁹⁹ pré établi tandis que dans le droit anglo-saxon, le dossier d'appel d'offres est préparé sans prendre en compte des règles préétablies. En tout état de cause, la préparation du dossier est précédée d'une étude de faisabilité. L'étude de faisabilité est diligentée par l'autorité publique et permet de mettre en lumière les aspects techniques et financiers du projet. L'étude de faisabilité permet à l'Etat d'identifier les besoins de base du projet et de déterminer le mode approprié de conclusion du contrat⁶⁰⁰, et vise à déterminer des aspects importants du projet, partage des risques entre les parties, l'estimation financière de la rentabilité du projet, la possibilité d'acquérir une nouvelle technologie, les sources de financement, de démontrer la viabilité du projet sur le plan économique et financier afin

⁵⁹⁹ Les cahiers des charges constituent un ensemble de documents complexes qui précisent les conditions du marché et fixe les obligations générales des parties.

⁶⁰⁰ Unido BOT Guidelines op. cit. 1981 p. 105.

d'aider le pouvoir adjudicateur à présenter un appel d'offres international compréhensible⁶⁰¹. Cette étude doit être menée par un ingénieur conseil la décision du gouvernement dépend de la décision de l'ingénieur conseil.

452. Il faut souligner que même si la préparation de l'appel d'offre se fonde sur le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur n'en est pas contraint. Il bénéficie de l'usage du principe de liberté contractuelle⁶⁰². Mais il est assujéti aux règles impératives de cahier des charges. En effet, l'autorité publique a seulement la faculté de modifier les dispositions supplétives du cahier des charges. L'entité adjudicatrice dispose d'une liberté en l'absence de cahier des charges. Mais pour une préparation efficace et crédible, elle peut adopter l'une des méthodes de passation des marchés proposées par la loi type de la CNUDCI.

Elle peut, dans ce cadre procéder à l'appel d'offres en deux étapes.

Dans la première étape, l'entité adjudicatrice ne sollicite des offres qu'en vue d'élaborer les spécifications techniques du projet⁶⁰³. Dans la deuxième étape, les entreprises dont l'offre n'a pas été rejetée seront sélectionnées sur la base de leur offre financière. L'article 4 alinéa de la loi type CNUDCI stipule que « l'entité adjudicatrice invite les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre des offres finales, accompagnées de prix correspondant aux spécifications d'un cahier de charges ».

Le dossier d'appel d'offres⁶⁰⁴ doit contenir la période de la concession et la date d'achèvement des travaux de construction, la technologie proposée, les spécifications techniques et les exigences de l'exécution du projet, la monnaie des offres. Si le projet concerne l'énergie, l'accord de l'achat par l'autorité contractante et la fourniture du combustible, les procédures de convertibilité des recettes et le taux de change la précision des règles juridiques applicables, les conditions d'exploitations et de maintenance des installations la fixation des tarifs des services ou produits du projet et les garanties accordées par le pouvoir gouvernementales.

⁶⁰¹ Didier Lamethe, "Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matière de grands projets d'investissement" op. cit, 1998, p 49.

⁶⁰² Ce principe de liberté s'applique autant aux contrats administratifs qu'aux contrats civils. Voir à ce propos Delaubadère, op. cit, TI 1983 p. 676.

⁶⁰³ L'article 46 alinéa 2 de la loi type de la CNUDCI prévoit que : « dans le dossier de sollicitation les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de soumettre durant la première étape de la procédure de l'appel d'offres en deux étapes, les offres initiales contenant leur propositions sans prix soumissionné... »

⁶⁰⁴ Dans le cadre du montage global du projet de production indépendante d'électricité au Sénégal, les autorités sénégalaises avaient porté leur choix sur la Greenwich turbine Inc (GTI) pour la conclusion du contrat CET. La procédure d'appel d'offres préalable, conforme aux statuts de SENELEC pour les contrats, a été menée sur plusieurs étapes.

b) La mise en place de la procédure de pré qualification

452. La procédure de l'appel d'offres pour l'attribution du contrat CET vise à réunir les entreprises de qualités, capables de réaliser l'ouvrage projeté⁶⁰⁵. C'est pourquoi, il est souvent prévu une procédure d'agrément, dite procédure de préqualification, des entreprises soumissionnaires⁶⁰⁶ avant la sollicitation des offres. a procédure de pré qualification est une procédure intermédiaire entre la préparation du dossier d'appel d'offres et la sollicitation des offres. au cours de cette procédure, l'entité adjudicataire essaie d'identifier la capacité technique et financière des entreprises soumissionnaires. Elle est indispensable dans les projets complexes⁶⁰⁷. L'importance de cette procédure de pré qualification (standard pré qualification documents ») L'entité adjudicatrice doit rechercher une participation active des entreprises soumission en leur remettant un dossier clair et précis sur le projet envisagé, avec les critères de pré qualification⁶⁰⁸ Dans la procédure de pré qualification, l'intervention d'un agent local est indispensable pour faciliter la remise du dossier de pré qualification et répondre aux exigences de certaines législations qui imposent cet intermédiaire local⁶⁰⁹ Pour assurer la nécessité de la procédure de pré qualification, l'autorité publique adjudicatrice doit limiter le nombre d'entreprises invitées à présenter des offres à trois ou quatre ; et réduire la durée de cette procédure afin d'éviter l'influence de facteurs extérieurs (risques de marchés etc....)

⁶⁰⁵ UNIDO Guidelines, op.cit. 1996 p. 100

⁶⁰⁶ Parmi les entreprises soumissionnaires il y a des entreprises peu motivées, en connues des organismes publics du pays d'accueil du projet et celles qui sont techniquement et financièrement incapables de réaliser de projets aussi grande ampleur. Aux termes de l'article 10 de la loi N° 13 – 2004 relative « les contrats CET ne peuvent être conclus qu'avec un opérateur du projet ayant, d'une part, les capacités technique, juridiques et financières nécessaires et, d'autres part, l'aptitude à assurer la continuité du service public.

⁶⁰⁷ André Brabant, op. cit. 1981 p. 107.

⁶⁰⁸ L'alinéa de l'article 10 de la loi sénégalaise précitée retient comme critère : « les références concernant des contrats analogues, les effectifs, installations et matériels dont les candidats disposent pour exécuter le contrat, la situation financière des candidats, l'attestation des autorités sénégalaises ou étrangères établissant que le candidat est à jour de ses obligations fiscales et sociales l'attestations des autorités sénégalaises ou étrangères établissant que les principaux dirigeants de l'entreprise candidate, ou l'entreprise candidate elle-même, n'ont pas fait l'objet de condamnation pénale liée à leurs activités professionnelles.

⁶⁰⁹ Il en est ainsi par exemple de l'Egypte, l'Arabie Saoudite, les Emirats le mission de l'agent local est d'une part de représenter l'entreprise auprès des autorités locales et d'autre part de garantir sa solvabilité et sa réussite commerciale

c- L'intervention d'organe de régulation : L'exemple du Conseil des Infrastructures du Sénégal

453. L'introduction des capitaux privés pour le développement des infrastructures est devenue une réalité avec laquelle il faut désormais composer dans beaucoup de pays. Il est, aussi, acquis que le modèle traditionnel assis sur la prédominance du contrôle du secteur par l'Etat est désormais révolu⁶¹⁰.

454. Mais, paradoxalement, malgré la victoire quasiment universelle du libéralisme économique, force est de constater que les Etats et, plus largement, les personnes publiques sont encore très présentes dans la plupart des grands financements de projets. Les centrales électriques, les oléoducs, les autoroutes à péage ou les sites touristiques construits et exploités grâce à la technique de financement de projets, dont le CET, donnent, le plus souvent lieu à une intervention importante, voire déterminante de l'Etat ou d'une de ses émanations. Ces interventions s'expliquent par deux séries de causes : le contrôle et le soutien⁶¹¹ de l'autorité publique pour la réussite des projets. L'Etat, personne juridique⁶¹², est entouré d'autres personnes juridiques qui relèvent également de la notion de pouvoirs publics ; qu'il s'agisse des collectivités locales, des établissements publics ou des autorités administratives indépendantes. Le contexte de libéralisation économique et son corollaire a nécessité la création de personne publique autonome de contrôle et de régulation des services publics. C'est le cas du Conseil des infrastructures institué par les autorités sénégalaises par la loi 2004-13 du 13 Février 2004. Ce conseil est l'un des organismes « autonomes par rapport à l'administration et dont la fonction vacille entre la formulation de la règle de droit et le règlement des conflits dans des biens déterminés... »⁶¹³.

Le Conseil des infrastructures n'est évidemment pas le seul organe⁶¹⁴ de régulation au Sénégal.

⁶¹⁰ Gilles CtSTAC, Le renouvellement du rôle de l'Etat dans le commerce international. Eléments pour une théorie générale, Revue DPCI, 1996, p. 268.

⁶¹¹ Les Etats maintiennent leur présence dans les fonctions régaliennes ou vitales pour les pays. Le degré de contrôle des infrastructures varie selon les pays. La présence de l'Etat se justifie aussi par ailleurs, par leur volonté de soutenir le projet plus que de le contrôler. Les Etats prennent en compte les externalités économiques et sociales.

⁶¹² Hans Kelsen, Théorie générale du droit et de l'Etat, Bruylant Bruxelles, éd. 1997, p. 250.

⁶¹³ Abdoulaye SAKHO, La régulation des secteurs d'infrastructures : exemple de la gestion du secteur des télécommunications au Sénégal »

⁶¹⁴ On peut noter l'Agence de régulation des Postes et Télécommunication (ARPT), L'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP), L'Agence de Promotion des Investissements et des grands travaux (APIX), La Commission de Régulation du Secteur de l'Energie (CRSE) pour le Sénégal, L'Autorité de Régulation de

455. Particulièrement, la mise en place du Conseil des infrastructures répond à une nécessaire efficacité de la réalisation d'infrastructures d'intérêt général et qui présenteraient moins de risques pour les parties prenantes : secteur publics, opérateurs privés, usages de service public.

456. Par cette instauration, une rupture nette est parquée avec le passé et comble un vide spécifique dans la régulation efficace des infrastructures publiques.

En synergie avec le nouveau Code des marchés publics de 2004, la loi applicable aux contrats en BOT ou CET, la législation instituant le Conseil des infrastructures devra permettre la passation des contrats en BOT dans la plus grande transparence et les meilleures conditions de concurrence. Il comprend douze (12) membres dont trois (3) conseillers à temps plein et neuf (9) à temps partiels. Ces derniers proviennent des groupes parlementaires, des organisations patronales et de défense des droits de l'homme.

457. Si, comme on peut le constater, ils viennent d'horizon divers et représentatif, il n'en demeure pas moins que les conseillers sont nommés par le Président de la République.

458. Peut-on craindre pour son indépendance ? A priori, non. L'article 6 de la loi 2004-13 définit la qualité de membre du Conseil. Il interdit, en effet, la qualité de membre aux dirigeants de banque et établissements financiers. Le statut de conseiller est aussi incompatible avec celui de membre du gouvernement ou de collectivité locales, toute personne ayant un intérêt pécuniaire direct dans des entreprises chargées de construction ou de la gestion d'infrastructure ou de la fourniture de produits et services aux entreprises, ... ». Aux termes de l'article 1^{er}, « le Conseil des infrastructures est une instance consultative qui exerce une surveillance indépendante et fournit des appuis de médiateur dans la conduite des projets d'infrastructures régies par la loi sur les CET ». En réalité, le Conseil des infrastructures exerce des compétences qui touchent à la fois à la sélection de l'opérateur de projet et à la préservation des équilibres conditionnant la pérennité des relations contractuelles. Car, il paraît important d'assurer la plus grande transparence à l'occasion du choix de l'opérateur privé du projet. A cet effet, le Conseil des infrastructures s'assure que les procédures de mise en concurrence instituées par la loi relatives aux contrats CET et les dispositions du Code des marchés publics sont respectées. Il intervient par des « études et propositions, au développement d'un environnement juridique et institutionnel favorable, au

l'Electricité (ARE) pour le Bénin, L'Autorité Nationale de Régulation du secteur de l'Electricité (ANARE) pour la Côte d'Ivoire ; en autres organes.

partenariat public-privé. Il fournit des conseils indépendants sur les mesures d'amélioration, de modernisation et de réformes qui répondent à l'évolution des besoins en matière d'infrastructures⁶¹⁵. C'est pourquoi, le lancement d'une procédure de passation d'un marché en vue de la réalisation d'infrastructures publiques sous la forme de contrat CET est préalablement conditionné par l'avis⁶¹⁶ favorable du Conseil des infrastructures et l'autorisation du Président de la République.

459. L'avis du Conseil des infrastructures évalue la conformité du projet au regard de la politique de l'Etat en matière de développement d'infrastructures, des normes environnementales et d'aménagement du territoire. Ainsi au regard des articles ... de la loi n° 2004-14, le Conseil des infrastructures, dans ses appréciations en vue de son avis pour le projet d'autoroute à péage Dakar-Diamniadio, s'est posé deux questions :

- Qu'en est-il de l'adéquation des dispositions de l'article 1^{er} alinéa 6 de la loi CET avec le projet de l'autoroute ?
- Quelle est la conformité du projet par rapport aux politiques de l'Etat en matière de normes environnementales.

460. Pour le Conseil, l'autoroute à péage Dakar-Diamniadio engendrera dans l'aire géographique de son tracé d'importantes infrastructures telles que la réalisation d'un marché d'intérêt national capables de soulager le centre de Dakar, ainsi qu'un vaste programme de construction d'équipements sociaux. Cela le conduit donc à conclure que le projet « exprime la ferme volonté de l'Etat de procéder au développement d'infrastructures dans le pays avec un réaménagement urbain dans le sillage du projet ». Certainement, le projet d'autoroute à péage Dakar-Diamniadio démontre un double impact économique et social. Il engendrera un effet positif sur les facteurs de production ; notamment l'énergie, les transports des biens et des personnes. Car, il induira probablement une diminution de leur coût et le niveau des services pour la croissance économique.

461. L'autoroute participerait au développement de services de base considérés comme des droits fondamentaux. Lesquels services de base sont, d'ailleurs, ciblés par les objectifs du millénaire pour le développement (OMD). Même s'il paraît trop tôt pour apprécier favorablement les interventions du Conseil, il est peut-être permis d'apprécier son efficacité

⁶¹⁵ Article 7 Loi instituant le Conseil des infrastructures

⁶¹⁶ Le projet d'autoroute à péage Dakar-Diamniadio a reçu l'avis favorable du Conseil (Avis n°2006-002 en date du 28 décembre 2006), consacré par le Décret 2007-17 du 132 février 2007 autorisant le lancement de la procédure de passation d'un contrat de CET.

pérenne. Plus que la nature de ses attributions, la question principale est celle de son indépendance. Son indépendance ou, plus exactement, son autonomie ; puisque nulle part n'existe d'organisme de régulation totalement souverain, est justifiée à partir d'objectifs de neutralité et d'objectivité.

462. Malgré tout, la création d'un tel organisme révèle un dilemme. :

- si le conseil des infrastructures est placé en tampon entre les entreprises concessionnaires et le gouvernement, son fonctionnement peut devenir d'autant plus difficile que ses prérogatives seront étendue, suscitant de nombreux conflits de compétence avec les divers ministères concernés⁶¹⁷ et autres organismes⁶¹⁸ intervenant dans le secteur des infrastructures publiques ; son intérêt peut-être contesté et son rôle progressivement réduit.

463. En cela, on peut noter que l'avis n° 2006-002 du Conseil des infrastructures portant sur la demande d'avis de l'APIX sur le projet d'autoroute à péage Dakar-Diamniadio paraît confirmer l'opinion que ses compétences sont, effectivement, réduites à une portion congrue. D'abord, structurellement, l'avis est très laconique sur les modalités et les critères d'appréciation des aspects techniques, sociaux et financiers. L'avis s'est seulement contenté de préciser dans les exposés que 'l'APIX qui a en charge la conduite du projet*, s'est entourée des meilleurs experts au monde pour étudier et retenir les solutions techniques adaptées à la réalisation du projet. Sur les questions sociales, le Conseil s'est apparemment borné aux informations reçues de l'APIX pour conclure que l'opération sociale s'est déroulée à la satisfaction des tiers. Relativement aux aspects financiers, le Conseil n'a fait qu'apprécier l'opération portant sur le tronçon Pikine-Diamniadio. En réalité, c'est ce tronçon qui a été confié au secteur privé sous la forme de Partenariat public-privé (PPP), et donc entrant dans le cadre des contrats CET. Le tronçon Malick SY-Pikine a été financé par l'Etat du Sénégal. Car, il ne présente pas un intérêt pécuniaire pour le privé compte tenu de son intégration dans les agglomérations urbaines.

464. Eu égard à ces remarques, une interrogation peut être soulevée : sur quels critères, le Conseil s'est-il fondé pour approuver l'aspect financier ?

465. L'avis aurait pu en évoquer quelques éléments ; ce qui aurait permis de juger de son efficacité, son indépendance et sa crédibilité. S'il s'inscrit, au contraire, dans une perspective plus juridique (contrôle de la dévolution du marché, contrôle des engagements contractuels,

⁶¹⁷ Il s'agit des ministères chargés de l'énergie, industrie, budget, finances, etc)

⁶¹⁸ Il s'agit notamment de l'APIX, AATR, ARMP, ARPT. etc.

respect du droit de la concurrence, du droit des consommateurs, etc.), ses recommandations ou avis doivent s'appuyer sur un arsenal juridique qui, parfois, n'est pas encore totalement constitué ou qui ne correspond pas, parfois, aux réalités nationales⁶¹⁹.

Il se peut aussi que, même si les fonctions de cet organe sont reconnues, ce sont alors ses moyens d'intervention qui feraient défaut. Peut-il être, aussi objectifs, en tant que qu'organe émanant de l'Etat et rattaché à la Présidence de la République ?

466. On a pu constater que, eu égard au contexte de sa création son environnement, ses attributions et son mode de fonctionnement, qu'il s'inscrit encore dans le cadre de « régulation tutélaire »⁶²⁰ des infrastructures au Sénégal.

d) La sollicitation des offres

467. Cette étape nécessite aussi l'établissement de dossier de sollicitation des offres. Contrairement au dossier d'appel d'offres et au dossier de pré qualification qui se contentent de mettre en relief les caractéristiques du projet et les qualités exigées des promoteurs potentiels, le dossier de sollicitation se penche plutôt sur les procédures de présentation des offres, leurs délais, leur contenu et les garanties de soumission. Le premier a un caractère objectif alors que le second a un caractère procédural. De la même façon que l'autorité publique adjudicatrice ne doit pas retarder le lancement du dossier de sollicitation après la pré qualification, elle ne doit pas non plus retarder la réponse aux questions des entreprises intéressées. A défaut, les entreprises pré qualifiées peuvent renoncer au dépôt d'une offre.

B- Les obligations mises à la charge des entreprises soumissionnaires

468. Les entreprises soumissionnaires ont une obligation principale de présenter une offre à l'autorité adjudicatrice (a) dans les délais indiqués (b). Ces offres doivent être conformes aux conditions de sollicitation (c) et être accompagnées d'une garantie dite de soumission (d).

⁶¹⁹ Il en est ainsi parce que certaines règles sont imposées par des organismes internationaux de financement. Cela pose alors une adaptation des techniques juridiques d'origine juridiques différentes. Cf. Bienvenu BIOUMOU, L'exténuation ou sourdine de la souveraineté étatique : un diagnostic des contrats d'Etat du Congo, Penant n°847, p. 170.

⁶²⁰ Jacques GIROD, Le passage de l'Etat propriétaire à l'Etat régulateur dans la restructuration des industries électriques, in Investissement et nouveaux aspects contractuels dans les industries électriques africaines, sous la direction de Dominique FINON et Dibongué KOUO, BAD, Institut de l'énergie et de l'environnement de la Francophonie.

a. La préparation de l'offre

469. Les promoteurs potentiels, en préparant l'offre, doivent démontrer leur capacité à répondre aux exigences de la construction, de l'exploitation et du financement des grands projets. La préparation de l'offre nécessite la collecte d'informations sur le projet contenues dans le dossier de sollicitation, des négociations avec l'autorité adjudicatrice les investisseurs et prêteurs potentiels.⁶²¹ Ces discussions permettront aux entreprises soumissionnaires de connaître les usages et les coutumes des affaires locales. Le recours à un agent local s'impose pour deux raisons. La première est de permettre la maîtrise du contexte juridique dans lequel l'opération d'appel se déroule⁶²².

La deuxième raison est que le recours à l'agent est obligatoire pour l'appel d'offres. Car naturellement, une offre présentée pour l'exécution d'un projet CET doit inclure les données suivantes : les coûts et la qualité du service sur le plan de la capacité technique du consortium, le plan de protection de l'environnement, la date et le coût d'achèvement des installations, la période de la concession, le tarif ou prix des produits ou services du projet, sa structure financière, un accord d'actionnaire, du consortium ou bien un accord du projet commun.

b. La présentation de l'offre dans le délai

470. Les soumissions des entreprises doivent parvenir à l'adjudicateur dans les trente jours à compter de la date de la première publicité. Ce délai peut être ramené à vingt jours au minimum. En cas d'urgence, la personne responsable du marché peut décider de ramener ce délai à quinze jours.⁶²³ La durée fixée par le législateur pour la remise des offres est, à notre avis trop, courte. Les entreprises soumissionnaires ne peuvent préparer efficacement leurs offres. Cette durée doit prendre en compte les circonstances générales du projet en CET, en particulier le contenu de l'appel d'offres sur le projet, sa dimension technique et financière et son degré de complexité. Toute offre reçue après les dates fixées pour le dépôt, sera retournée

⁶²¹ Philip Holzman, *Promotion, organisation, in project procured by privality financed concession contracts*. Merna & Simth, 1994 pp. 65 et 66.

⁶²² Il convient, de rappeler qu'il y a trois grande famille de systèmes juridiques : La famille des pays de common law la famille de droit civil et la famille du droit islamique. La Common law se base sur l'existence de décisions judiciaires antérieures (la jurisprudence des précédents). Le droit civil se fonde sur des statuts de droit écrit et le droit islamique est un système religieux, politique et social.

⁶²³ R. Moderne, "Les marchés de l'Etat et de collectivités locales", *Moniteur*, 1991, p. 120.

dans la plus grande discrétion au soumissionnaire. Dès lors que les soumissions sont parvenues à l'administration, l'entreprise soumissionnaire reste engagée par sa soumission tout au long de la durée de validité indiquée dans l'appel d'offres.

471. En pratique, les soumissions doivent être placées sous enveloppe cachetée, l'enveloppe extérieure porte l'indication de l'appel d'offres à laquelle la soumission se rapporte. Elle contient la déclaration de soumissionner, les justifications exigées. L'enveloppe intérieure contient la soumission de l'offre même. Compte tenu de la complexité l'exécution des grands projets et la technologie requise, il est souvent exigé la présentation de l'offre dans deux enveloppes, l'une pour l'offre financière, et l'autre pour l'offre technique. L'enveloppe technique doit comporter les documents et les indications nécessaires pour la conformité de l'offre technique aux conditions de l'appel d'offres.

c. La conformité des offres

473. L'offre des soumissionnaires doit comporter des propositions liées aux aspects techniques (études, montages, calendrier général d'exécution) et des propositions commerciales relatives aux aspects financiers du projet (tarifs, garantie, sources de financement). Ces propositions doivent globalement conformes à celles contenues dans le dossier de sollicitation⁶²⁴. Au contraire des projets traditionnels, dans les projets CET, les offres remises ne sont pas une acceptation pure et simple de toutes les conditions contenues dans le dossier de sollicitation. Souvent, elles proposent d'autres solutions techniques et financières. C'est pourquoi, dans les projets CET l'entité adjudicatrice se montre plus simple à l'égard des modifications apportées par les entreprises soumissionnaires d'autant que les propositions de la sollicitation sont imaginatives⁶²⁵. Toutefois, ces modifications apportées ne doivent pas constituer une nouvelle offre⁶²⁶. Dans ce cas, les entreprises risquent de se voir écartées des négociations qui s'ouvriront par la suite. Pour éviter cette éventualité, M. DUBISSON ⁶²⁷ propose la solution consistant à accompagner l'offre d'une note de

⁶²⁴ Michel Dubuisson. "La négociation des marchés internationaux", *Moniteur*, 1982, pp. 102 et S ; Mahmond Salem et Marie-Angèle SANSON-HERMITTE. "Les contrats « clé en main » et les contrats « produits ou main » en matière de technologie et vente de développement. Librairies techniques, Paris 1979 p.32.

⁶²⁵ UUNIDO BOT Guidelines, op. cit. 1996, p. 120.

⁶²⁶ En droit des contrats, il s'agirait d'une contre proposition nécessitant l'acceptation de l'entité adjudicatrice pour emporter accord.

⁶²⁷ M. DUBISSON, "La négociation des marchés internationaux", op cit. 1982, p. 105.

commentaires dans laquelle le soumissionnaire, sans rejeter formellement les clauses litigieuses, expose les modifications qu'il formule à l'encontre de ces clauses en proposant des solutions de remplacement. Ces modifications ne seront pas alors considérées comme des réserves expresses par l'entité adjudicatrice. Elle ne pourra donc pas les rejeter.

473. Quant à l'UNIDO, sa solution consiste à permettre aux entreprises soumissionnaires de présenter des offres alternatives à condition qu'elles contiennent des clauses à la sollicitation. Ces offres doivent être accompagnées d'offres conformes au dossier de sollicitation pour être admises et examinées⁶²⁸.

d. La garantie de soumission

475. Le dossier de sollicitation des offres exigent aux entreprises soumissionnaires à accompagner leurs offres d'une garantie bancaire appelée garantie de soumission (*Tender guarantee* ou Bid bond). Il s'agit d'un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurance ou une autre partie (le garant) à la demande d'un soumissionnaire, (donneur d'ordre) ou pris sur les instructions d'une banque (la partie donnant les instructions) vis-à-vis d'une partie ayant unis un appel d'offres de bénéficiaire, par lequel le garant s'oblige en cas de manquement du donneur d'ordre aux obligations découlant de la soumission d'effectuer un versement au bénéficiaire dans les limites d'un montant indiqué »⁶²⁹

Relativement à l'autorité publique adjudicatrice, la garantie de soumission prouve la motivation du soumissionnaire⁶³⁰. Cette garantie de soumission a fondamentalement pour but de réparer le préjudice que l'entité adjudicatrice pourrait subir en cas de manquement du soumissionnaire aux obligations résultant de sa soumission⁶³¹. Cette garantie constitue pour l'entité adjudicatrice une procédure d'appel de garanties simple et moins coûteuse⁶³². De son côté, pour l'entreprise soumissionnaire, la garantie répond aux exigences du pouvoir adjudicateur leur chance d'obtenir le marché dans la mesure où elle se prévaut de l'appui

⁶²⁸ UNIDO BOT Guidelines op. cit. 1996 p 121.

⁶²⁹ Voir Yves POULLET, "Les garanties bancaires dans les commerces internationaux" ; DPCI. N° 1, 1979 pp. 195 et ss.

⁶³⁰ Jean Pierre Matont, "La délivrance de caution de soumission dans les marchés internationaux", Revue de droit et la banque N° 381, 1987 p. 420. Il estime que cette garantie de soumission a pour but d'évincer ou d'écarter des soumissionnaires peu sérieux.

⁶³¹ Y. POULLET, op. cit. DPCI, N° 1, 1979 p. 996 ; M. DUBISSON, "La négociation des marchés internationaux 1962, p 102 ; Barry Emainauel, "Les garanties juridiques et financières exigées par les pays de l'Afrique de l'Ouest dans les contrats internationaux. Thèse, Paris I. 1983. p. p 184.

⁶³² Elle peut, en effet, faire jouer la garantie sans être tenue de fournir des preuves ou des pièces telles que sentence arbitrales ou un jugement.

d'une banque⁶³³ La banque est alors engagée à payer le montant de la garantie à la première requête ; de l'entité adjudicatrice sans en vérifier le bien fondé de l'appel à la garantie. La garantie de soumission reste valable tout au long de la durée de sa validité qui doit être clairement fixée et ne doit pas excéder celle de l'offre. A ce propos, les règles de la CCI déterminent une période de six mois à partir valable dans les cas suivants⁶³⁴ :

- Si la banque garantie n'a reçu aucune demande à la fin de la validité de la garantie.
- Si une demande présentée au titre de la garantie a été satisfaite, de sorte que ne subsiste aucun droit de l'entité adjudicatrice à ce titre.
- Si le pouvoir adjudicateur accepte l'offre de l'entreprise soumissionnaire et si celle-ci signe le contrat.
- Si le marché en caisse a été adjugé à un autre soumissionnaire
- Si le pouvoir adjudicateur déclare expressément qu'elle n'a pas l'intention d'adjuger le marché.

Le montant de cette garantie peut s'élever à 2% du montant de l'offre.⁶³⁵

Sous paragraphe II : Les obligations des parties après le dépôt des offres

476. Après le dépôt des offres, l'entité adjudicatrice procède à l'ouverture (A) et l'évaluation (B) des offres. Dès qu'elle choisit une offre, elle entame des négociations (C) avec le titulaire de l'offre la plus avantageuse qui signe le contrat CET, alors se posera le problème de la détermination de la date d'entrée en vigueur du contrat (D).

⁶³³ François Logoz, 'La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire : étude comparative du droit allemand belge et français Librairie Droz. Genève 1991. p. 27.

⁶³⁴ Article 5 des règles uniformes pour les garanties contractuelles de la CCI.

⁶³⁵ Dans la réalisation du projet Marsa Alam en Egypte, l'offre du soumissionnaire est accompagnée d'une lettre de garantie de la banque Arabe Africaine Internationale, dont le montant est 1 000 000 (1 million) de livres égyptiennes. De même l'article 3 – 6 de la consultation relatif à la conception, au financement, à la construction et à l'exploitation d'une liaison fixe à travers la manche entre le Royaume-Uni et la France, oblige les candidats à présenter des cautionnements d'un montant de 300 000 Ecu chacun. Ces cautionnements seront restitués aux candidats non retenus dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle a été rendue publique la décision des gouvernements. La disposition ajoute que le cautionnement du candidat retenu sera remplacé par un autre lors de la signature de contrat de concession on lui sera remboursé s'il décide de ne pas donner suite à l'exécution du contrat.

A- L'ouverture des offres

477. Il est habituel de mettre en place un comité pour l'opération d'ouverture, d'évaluation et d'attribution du contrat CET. Selon l'UNIDO BOT Guidelines⁶³⁶, ce comité doit être, au minimum, composé de :

- un représentant officiel du gouvernement auteur de l'appel d'offres
- un juriste expérimenté dans le type particulier de la formule CET
- un technicien bien informé sur le projet
- un fonctionnaire chargé de la gestion financière ayant une grande expérience du financement de projet CET.

Pour les établissements publics nationaux, le ministre chargé du contrôle administratif de l'établissement concerné prend un arrêté du même type pour les adjudications de l'Etat.⁶³⁷

La séance d'ouverture des plis est publique⁶³⁸. Les plis qui peuvent être ouverts sont ceux qui remplissent les conditions de l'acceptation de la soumission imposés par la loi.

B- L'évaluation des offres

478. A l'inverse de l'adjudication, soumise au principe de l'adjudication automatique du marché au plus bas prix⁶³⁹, l'entité adjudicatrice choisit l'offre qu'elle juge la plus avantageuse. Elle tient compte, à cet effet, de la valeur technique des prestations, de leur coût, des garanties professionnelles et financières présentées par chacune des entreprises et du délai d'exécution. Le prix ne joue donc qu'un rôle marginal. L'entité adjudicatrice s'appuie sur des

⁶³⁶ UNIDO BOT Guidelines, op. cit. 1996 p. 11. Selon l'article 12 de la loi sénégalaise sur les CET/BOT de la commission d'appel d'offres est créée par décret et est composée ainsi qu'il suit :

- deux représentants de l'autorité concédante
- un représentant du ministère des finances
- un représentant du contrôleur financier
- un représentant de l'Agence Nationale chargée de la Promotion de l'investissement et des grands travaux.
- Un représentant du conseil des infrastructures.

En droit français, la composition du comité d'adjudication dépend de la personne publique concluant le contrat CET pour les marchés de l'Etat. L'ouverture des plis et la détermination de l'entreprise relève d'un seul comité dont la composition et le fonctionnement sont fixés par arrêté du ministre intéressé. (Article 85 alinéa 3 du code des Marchés publics).

⁶³⁷ Pour les adjudications relatives aux départements, les communes, les établissements publics locaux. Voir De LAUBADERE, op. cit. T.I. 1983 pp 624 et 625.

⁶³⁸ De LAUBADERE, op. cit. T.I. 1983 p. 626. En droit égyptien, il existe une séance pour l'ouverture des plis contre l'offre financière. A ce propos, l'ouverture de ces derniers suppose l'acceptation de l'offre technique.

⁶³⁹ De LAUBADERE, op. cit. T.I., 1983 pp 624 et 625.

critères différents de ceux qui ont lieu dans un marché classique. C'est ainsi qu'elle s'intéresse à la nécessité de transfert de technologie, à l'intérêt de la structure financière des projets, à la capacité à construire, à la méthode de gestion du projet, à la formation des nationaux.⁶⁴⁰ L'entité adjudicatrice attribuera le contrat CET à l'offre la plus conforme aux critères de l'évaluation. Elle notifiera cette attribution aux entreprises non sélectionnée et leur retournera leur lettre de garantie. Mais cette attribution par le comité n'est pas la dernière étape. Ce choix doit être approuvé par les autorités administratives compétentes⁶⁴¹. Par cette approbation, l'autorité compétente exerce un contrôle de légalité et un contrôle d'opportunité⁶⁴². Ces contrôles requièrent de la part de l'autorité concédante un système de comparaison des différentes offres.

C- Les négociations

479. La procédure de passation de contrat CET implique une phase de négociation finale. L'on peut donc considérer le choix de l'une des entreprises soumissionnaires qu'une étape préliminaire suivie de dues négociations⁶⁴³. Ces négociations s'avèrent nécessaires⁶⁴⁴ pour donner l'occasion aux entreprises soumissionnaires de proposer des solutions techniques et financières novatrices et avoir ainsi l'occasion de modifier un certain nombre de question contenues dans l'offre telle que le tarif, la durée. L'entité adjudicatrice, dans la pratique, envoie une lettre dite *Gentlement agreement*⁶⁴⁵ aux entreprises choisies. Cette lettre comporte les intentions l'initiateur du projet et oblige les parties à entamer les négociations. Ces négociations se limitent à deux ou trois entreprises à présente des offres. Le motif réel de ces négociations est de ne pas recevoir des offres excessives et de permettre aux entreprises de négocier en position de force⁶⁴⁶. Les dites négociations sont d'ordre techniques et juridiques. Les négociations techniques portent sur les plans, dessins, études techniques pour le fonctionnement du projet⁶⁴⁷. Les experts juridiques interviennent pour formuler des questions

⁶⁴⁰ UNIDO BOT, Guidelines : op. cit. p. 101

⁶⁴¹ Le conseil des ministres, le ministre ou directeur de l'organisme ou un représentant de l'Etat

⁶⁴² Le contrôle de légalité permet de vérifier la conformité de la procédure de passation des marchés publics. Le contrôle d'opportunité pour apprécier les avantages financiers que présente l'offre.

⁶⁴³ Joanna SCHMIDT, la négociation du contrat international, DPCI, N° 2, 1983 p 289

⁶⁴⁴ Elles sont interdites dans les marchés classiques.

⁶⁴⁵ Une partie de la doctrine assimile cette lettre aux contrats préliminaires ou provisoires

⁶⁴⁶ Rik JOOSTEN and Philipp HOLZMANN, Promoter organisations, in Projects procured by privately financed concession contracts, Merma & swith London 1994, p 69.

⁶⁴⁷ Elles sont menées par des experts techniques du pays d'accueil

intégrant la dimension technique du projet⁶⁴⁸. Ils prennent aussi en compte certaines questions qui n'ont pas été envisagées⁶⁴⁹ au cours des négociations techniques : les garanties bancaires, les garanties juridiques, les délais d'exécution, le financement du projet, le règlement des différends, la loi applicable etc. L'intervention des experts peut entraîner la modification de certaines modalités prévues dans l'appel d'offres⁶⁵⁰.

D- La clause d'entrée en vigueur

480. Les contrats CET à la différence des contrats classiques, nécessitent une approbation d'organismes publics ou financiers. Cette approbation constitue l'entrée en vigueur du contrat. Ce préalable est important dans le cadre du contrat en BOT. Il convient alors de préciser son contenu et sa portée.

1°) L'importance de la date d'entrée en vigueur

481. En droit commun, le contrat est réputé conclu dès sa signature⁶⁵¹. Dès la signature du contrat, les parties deviennent débitrices ou créancières d'obligations l'une envers l'autre. La particularité du contrat CET induit des contraintes pour les parties dans la détermination de la date d'entrée en vigueur du contrat. Généralement, une clause précise les conditions d'entrée en vigueur ; exigeant l'obtention d'autorisations administratives ou de l'approbation des banques membres du syndicat bancaire. La détermination de la date d'entrée en vigueur du contrat CET se justifie pour une triple raison.

La date d'entrée en vigueur permet, en cas de conflit de lois dans le temps, de désigner la loi applicable.⁶⁵² La date d'entrée marque, temporairement le commencement de la période d'exécution du projet CET. Elle détermine partant, les responsabilités de la société de projet en cas de non respect. Enfin, elle constitue le point de départ, aussi des garanties de délais pour l'exécution des différentes obligations.

⁶⁴⁸ Philippe LEBOULANGER, op. cit. p 24

⁶⁴⁹ Il arrive aussi qu'ils modifient certaines modalités contenues dans l'appel d'offres.

⁶⁵⁰ Par exemple en 1975, la Société Générale d'Electricité Libyenne a lancé un appel d'offres international pour la construction de huit centrales électriques. Cet appel d'offres est accompagné d'un contrat type de 55 articles comportant les conditions générales de la société. Le soumissionnaire allemand (BROWN – BOVERI) a négocié avec l'administration responsable certaines classes générales. Les deux parties, après discussion et échanges de lettre, ont trouvé un compromis en modifiant 16 articles du contrat-type.

⁶⁵¹ Surtout, en ce qui concerne les contrats qui se forment solo consensus.

⁶⁵² Il s'agit généralement de la loi en vigueur au moment de l'entrée en vigueur du contrat.

2°) Le contenu de la clause d'entrée en vigueur

482. La détermination du contenu de la clause pose un problème de méthode. Deux possibilités s'offrent aux parties. Les parties peuvent décider de l'entrée en vigueur du contrat dès la signature du contrat. Elles peuvent, aussi, conditionner l'entrée en vigueur du contrat à l'accomplissement de formalités ou l'obtention de certaines approbations administratives⁶⁵³.

Relativement à la première hypothèse, il est certain acquis que les parties ont pu obtenir toutes les autorisations administratives nécessaires. Elles se doivent alors d'exécuter leurs obligations. La date de signature n'est donc pas la date des approbations nécessaires.

484. L'approbation du contrat est un acte se rapportant au contrôle des procédures de passation imposées par les dispositions légales du pays d'accueil et non au contrat lui-même⁶⁵⁴. On suppose que l'approbation est obtenue avant la signature du contrat. Relativement à la deuxième hypothèse, ces approbations proviennent des institutions étrangères ou des autorités administratives du pays d'accueil ou encore des autorités du pays des promoteurs du projet. En cette matière, les institutions étrangères jouent un rôle crucial car elles participent aussi au financement du projet. L'intervention de ces institutions garantit le financement du projet. Alors, l'un des gages est de subordonner l'entrée en vigueur du contrat à l'existence du contrat du financement. Ce contrat du financement, où les institutions étrangères sont parties, s'analyse comme une approbation des conditions financières⁶⁵⁵ du contrat. Cette clause sera ainsi formulée : « Le présent contrat n'entrera en vigueur que lorsque les formalités suivantes auront été accomplies : la signature et l'entrée en vigueur d'une convention de crédit entre d'une part le client et d'autre part la Banque »⁶⁵⁶. En ce qui concerne les approbations administratives du pays d'accueil, le contrat est forcément conditionné à leur existence. Il s'agit, en réalité, de la décision de confier à l'entreprise en portant le marché de droit d'exploiter le projet pour une période déterminée. Ces approbations peuvent être de nature administrative ou législative. Dans ce dernier cas, l'entrée en vigueur du contrat nécessite la promulgation d'une loi attribuant au ministre compétent des pouvoirs

⁶⁵³ Cette seconde condition est la plus fréquente. Elle peut être, par exemple, l'obtention des prêts, des autorisations administratives, etc.

⁶⁵⁴ Nour Eddine TERKI, La clause d'entrée en vigueur dans le contrat international de longue durée en droit algérien, DPCI, N° 2, 1983 p 222 L'art. 17 du contrat de construction et d'exploitation en BOT de l'aéroport de Marsa Alam a adopté cette méthode « Le contrat entre en vigueur à partir de la date de signature par les parties. »

⁶⁵⁵ Malinoud SALLEM et Marc-Angèle SANSON-HERMITTE, « Les contrats « clé en main » et les contrats « produits en main », op – cit – 1979 p 39.

⁶⁵⁶ Clause citée par Jean – Albert BOON et René GOFFIN, les contrats « clé en main » Masson. Ed. 2. 1987 p 143

relatifs à l'objet du contrat ou la ratification d'un traité conclu entre deux Etats pour l'exécution d'un projet. Il en a été ainsi pour le projet du Tunnel sous la Manche entre la France et l'Angleterre. L'article 3 du contrat de concession entre ces Etats et les concessionnaires Eurotunnel SA et Eurotunnel PLC prévoit que « La concession devient exécutoire dès que les trois conditions suivantes sont remplies :

- au Royaume-Uni, la sanction royale – (Royal Assent) – donnée à une loi conférant certains pouvoirs au Ministre britannique et comportant un certain nombre de dispositions relatives à la liaison Fixe.
- Acceptation pour les concessionnaires des termes de la loi britannique visée au point (a). Celle-ci sera réputée sauf si les concessionnaires notifient leur opposition au Ministre britannique dans les 15 jours suivant la sanction royale (Royal Assent) – donnée à cette loi.
- Entrée en vigueur du Traité. Relativement aux approbations provenant des autorités du pays des promoteurs du projet, elles peuvent avoir pour objet la technologie nécessaire à l'exécution du projet en l'occurrence si cette technologie n'est pas la propriété des promoteurs⁶⁵⁷. La clause d'entrée en vigueur du contrat prend alors la forme suivante : « Le présent contrat entrera en vigueur après réception par le maître de l'ouvrage d'une lettre de constructeur déclarant qu'il a reçu les agréments nécessaires des autorités compétentes de son pays- pour l'exécution du présent contrat ». ⁶⁵⁸D'autres législations, encore, exigent l'enregistrement du contrat ou le projet de la garantie définitive de la part du cocontractant. ⁶⁵⁹

3°) La portée de la clause d'entrée en vigueur

483. Cette question a soulevé une controverse doctrinale. Deux opinions se confrontent. Pour l'une, l'entrée en vigueur est une condition de validité du contrat ; les autorisations administratives et autres approbations financières représentent un élément essentiel de la formation du contrat. Car sans l'accomplissement de ces conditions, le contrat ne prend pas effet même s'il a été signé par les parties. « La signature du contrat marque l'accord des parties sur l'attribution du marché et ses conditions d'exécution mais cet accord, pour devenir effectif, requiert souvent l'accomplissement d'un certain nombre de conditions » ⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ Parfois, certaines législations nationales exigent l'acceptation des pouvoirs publics.

⁶⁵⁸ Mahmoud SALEM et Marie – Angèle SANSON-HERMITTE, op-cit. 1979, p 88

⁶⁵⁹ Ces conditions sont imposées par la loi libyenne sur les contrats des marchés publics (Décret N° 79. de 1973)

⁶⁶⁰ Jean – Albert BOON et René GOFFIN, op. cit. 1987 p. 141.

Dans les grands contrats, on rencontre souvent une clause considérant les autorisations administratives une condition de formation. Cette clause subordonne l'entrée en vigueur du contrat à la date de l'obtention de ces autorisations. C'est pourquoi, si l'une des parties au contrat commence à exécuter ses obligations avant l'obtention de ces autorisations, elle ne pourra pas exercer d'actions en responsabilité contractuelle mais délictuelle.

La tendance doctrinale contraire considère la clause d'entrée en vigueur du contrat comme une condition suspensive. Selon cette opinion, le contrat est conclu dès que les parties échangent leurs volontés concordantes. Chacune des parties au contrat de concession CET est obligée d'exécuter ses obligations. Les différentes approbations financières et autorisations administratives constituent des procédures préparatoires à l'exécution par les parties de leurs obligations.

484. A notre avis, la clause d'entrée en vigueur est une condition suspensive ; en ce sens que le contrat est déjà valablement formé dès lors que les quatre conditions sont remplies : consentement, capacité, objet et cause. Le contrat est ainsi formé – mais les parties ne sont pas en mesure de s'acquitter de leurs obligations sans avoir ces autorisations. Elle constitue une condition d'exécution de l'Accord de projet.

Section II- L'exécution du contrat CET

485. La particularité du contrat CET est relative aux obligations des parties. L'exécution de ces obligations doit prendre en compte les intérêts des parties mais surtout l'environnement juridique du contrat. Il convient de souligner que la société de projet s'intéresse à la viabilité financière du projet alors que l'autorité concédante n'a en vue que sa viabilité économique. Cette délicate question met en exergue la dualité des règles juridiques qui sont appliquées. Elles posent le contrat CET aux frontières du droit public et du droit privé. Dans le droit franco-africain, l'influence du droit administratif est considérable. Cette influence conditionne les obligations des parties (Paragraphe I) et la fin du contrat (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les obligations des parties

486. Le leitmotiv est la recherche d'un équilibre entre deux intérêts parfois divergents : l'intérêt public lié à la présence de l'autorité publique et de l'objet du contrat en BOT⁶⁶¹ et l'intérêt privé des intervenants dans le projet. Nous évoquerons successivement l'intérêt général de l'autorité concédante (Sous paragraphe I) et celui de la société de projet. (Sous paragraphe II)

Sous paragraphe I : Les obligations de l'autorité contractante

487 . Il convient de rappeler que la réalisation de projet CET s'inscrit dans le cadre global de privatisation partiel ou temporaire et du Partenariat Public Privé. Mais si l'Etat fait recours au secteur privé dans l'exécution du projet depuis le financement jusqu'à l'exécution, il n'en demeure pas moins tenu à un certain nombre d'obligations. Ces obligations ont vocation à donner une orientation certaine au projet. Elles influencent la participation des prêteurs et des investisseurs. L'autorité contractante est tenue à des obligations financières (A) et des obligations non financières (B).

A- Les obligations financières de l'autorité contractante

488. Ces obligations jalonnent la vie du projet ; dès la conclusion du contrat (1) jusqu'à la fin en passant par son exécution (2).

1- Les obligations financières à la conclusion du contrat

489. Généralement, l'autorité concédante, à la conclusion du contrat, est tenue de procéder à des études de pré faisabilité et de faisabilité économique et financière du projet. A cet effet, elle conclut des contrats de conseil et d'assistance technique aux termes desquels elle s'engage forfaitairement ou proportionnellement aux résultats à rémunérer les conseillers et les assistants sont à sa charge les frais de préparation de dossier d'appel d'offres. Dans ce cadre, l'autorité concédante sera amenée à souscrire une garantie de bonne exécution de ses obligations en faveur de la société de projet. Par ailleurs, l'autorité contractante se chargera du

⁶⁶¹ La réalisation et/ou l'exploitation d'un ouvrage public.

financement de tout équipement indispensable à l'accessibilité au site du projet (autoroute, électricité, télécommunication). Cette obligation est souscrite par l'autorité contractante à l'égard de la société de projet mais aussi des usagers⁶⁶². Par exemple dans un accord de projet d'énergie, il a été prévu que « *EEA shall be responsible for the design construction, installation, commissioning, operation and maintenance of the Transmission facilities* »⁶⁶³. Aux termes de l'Article 14 de la Convention⁶⁶⁴ signée entre les Gouvernements britanniques et français, ceux-ci sont tenus de réaliser des infrastructures routières et ferroviaires.

490. En Chine, à l'occasion du financement du pont n°2 sur le fleuve Yangzi dans la ville de Wuhan, l'Etat chinois a cédé au consortium le droit d'exploiter les actifs publics existants⁶⁶⁵. La construction de tels ouvrages par le consortium a eu pour effet de rééquilibrer les comptes d'exploitation de l'opération en allégeant les coûts de l'investissement initial de la société de projet⁶⁶⁶. En France, l'Etat concédant dans le cas du Tunnel routier à péage du Prado-Carénage à Marseille, a dû construire la voie de circulation automobile⁶⁶⁷. Il résulte de ce qui précède, la non-exécution de cette obligation de la part de l'autorité concédante engage sa responsabilité et l'expose à payer des dommages intérêts⁶⁶⁸. Le pays d'accueil doit mettre à la disposition de la société de projet les terrains nécessaires à la construction des installations. Il lui appartient de supporter les charges d'acquisitions des terrains⁶⁶⁹ si ceux-ci ne lui appartiennent pas.

491. La loi vietnamienne⁶⁷⁰ met à la charge de l'autorité contractante l'obligation d'accorder à la société de projet des avances effectuées à l'acquisition ou à l'indemnisation

⁶⁶² En Espagne, par exemple, les citoyens ont eu à exercer une forte pression sur le gouvernement pour qu'il établisse une liaison entre l'Aéroport de Barajas et Madrid. Voir à ce propos, Francisco FERNANDEZ-LAGUENTE, Le recours au financement privé en Espagne, in *Financement privé d'ouvrages publics en Espagne à l'horizon 1993*, Colloque de Paris des 26 et 27 Mars 1990, organisé par le CEDWCI, 1991 p.293.

⁶⁶³ Cette même obligation est aussi mise à la charge des gouvernements français et britannique aux termes du contrat de concession du Tunnel sous la Manche.

⁶⁶⁴ Cette consultation a été signée le 20 mars 1985 en vue de la conception, financement et construction et exploitation d'une liaison fixe à travers la Manche.

⁶⁶⁵ Il s'agissait de deux ponts déjà existants.

⁶⁶⁶ Yuan WANG et Chang TENG Du, La mobilisation des capitaux internationaux pour le financement des infrastructures asiatiques. L'exemple de la Chine *Revue économique* n°2 1997, pp.342 et 343.

⁶⁶⁷ Claude MARTINARD, op.cit. 1993, p.8. La construction de cette voie constitue un apport remboursable accordé par l'Etat au concessionnaire.

⁶⁶⁸ Eurotunnel a, par exemple, réclamé une compensation à British Rail pour ne pas avoir construit la liaison à grande vitesse entre Londres et Folkestone. Voir Pierre-Henri GANEM, *Financement de grands projets internationaux*, RDAI, n°5, 1996, p.678.

⁶⁶⁹ Le gouvernement ou l'autorité concédante va alors négocier avec les propriétaires en vue de l'acquisition. Il peut aussi exercer ses prérogatives de puissance publique pour exproprier. Ce doit peut-être aussi exercer par la société de projet.

Voir Philippe GODERIN, *Le droit administratif des biens*, Masson, 4^e éd. 1994-p.308.

⁶⁷⁰ Le DANG DOANH, Les rapports entre la société concessionnaire ad hoc CET et la puissance publique, RJDC, n°4 1997, p.896.

des propriétaires des terrains. Ces avances sont assimilées à un apport au capital de la société de projet⁶⁷¹.

2-Les obligations financières pendant l'exécution du contrat

492. Ces obligations se dédoublent selon qu'il s'agisse de la période de construction ou de celle de l'exploitation.

a) Les obligations pendant la construction

493. Pendant cette phase, l'autorité contractante doit maintenir les infrastructures d'accompagnement en bon état de fonctionnement. Autrement, elle engage sa responsabilité d'autorité contractante peut être obligée à payer la société de projet une prime en cas d'achèvement anticipée des travaux. Inversement, elle versera des subventions⁶⁷² à la société de projet afin qu'elle puisse faire face au dépassement éventuel du Coût de construction. Ces subventions jouent un rôle très important ; en ce sens qu'elles évitent le dépassement ou le retard dans l'achèvement des travaux de construction. Il est évident que si la période d'exploitation commence plutôt, il y va de l'intérêt de tous les intervenants du projet.

b) Les obligations pendant l'exploitation

494. Pendant cette phase, l'autorité concédante a charge d'approvisionnement de la société concessionnaire en matière première. Cette obligation s'exécute sur la base des stipulations du contrat « *Supply or pay* » et « *Take or pay* ». Ainsi tout retard dans la mise en service des installations résultant de la non livraison du fuel ou du fuel alternatif aux termes du contrat « *supply or pay* » entraîne pour l'autorité concédante l'obligation de payer un montant égal à celui que la société de projet aurait réalisé si le fuel avait été délivré dans les délais convenus⁶⁷³. Ces dommages intérêts ont pour but principal de rééquilibrer financièrement la

⁶⁷¹ L'Etat français a adopté la même solution dans la Concession du projet

Pardo-Carénage. La construction de la voie par la Ville de Marseille pour la facilitation de l'exploitation du Tunnel Pardo-Carénage est considérée comme un apport dans le capital de la société concessionnaire, apport remboursable à la fin de la Concession.

⁶⁷² Ces subventions peuvent prendre la forme de Fonds propres, de prêts ou d'une ligne de crédit stand by.

⁶⁷³ « In the event of a default in the commercial operation date which is due to the non-delivery of gas or alternative fuel by the fuel supplier, E.E.A. shall pay the company an amount equal to the capacity purchase price" (Accord de projet d'Energie).

poursuite de l'exploitation du projet. Cette responsabilité financière de l'autorité concédante a été fixée exceptionnellement par la jurisprudence, et on a pu dégager les théories du « fait du prince, de l'imprévision⁶⁷⁴ ».

495. Selon la théorie de l'imprévision en droit franco-africain, la société de projet aura droit à une indemnisation lorsque des événements extérieurs à la volonté des parties bouleversent gravement l'économie du contrat⁶⁷⁵. Les parties au contrat CET consacrent généralement une clause à cette situation. Il en est ainsi de l'article 12 du contrat CET du projet Ilménite à Fort-Dauphin en Madagascar. Il y est stipulé qu' « en cas de modification imprévue des circonstances économiques bouleversant l'économie du projet au détriment de GMM.SA. Affiliés ou Actionnaires, non imputable à l'une des sociétés et non liée à la valeur de l'Ilménite sur le marché international, l'Etat prendra les mesures appropriées l'équilibre économique ainsi bouleversé. Toutefois, si ce bouleversement économique provient directement d'un cas de force majeure, les dispositions de l'article 29 ci-après seront seules applicables⁶⁷⁶ ». Lorsque les difficultés persistent ou s'imposent la théorie de la force majeure se substitue à celle de l'imprévision.

496. A l'instar de la clause de *hardship*, la théorie de l'imprévision conduit au versement d'une indemnité calculée non pas sur la base des gains manqués mais, sur les pertes subies⁶⁷⁷. Cela paraît tout à fait logique, puisque l'autorité publique ne garantit pas les gains pour la société ; celle-ci doit supporter les conséquences de ce risque. En France, le tribunal administratif de Paris a fait application de ce principe dans le cadre de la construction du stade de France. Dans l'appel d'offres, l'Etat français avait indiqué que la société concessionnaire n'aura droit à aucune subvention au cours de la période de concession. A l'occasion des négociations avec l'entreprise choisie, il était, en raison de la faiblesse des recettes prévues, de garantir des revenus minimum. Le contrat CET a été déclaré nul par les tribunaux français sur la base qu'il n'était pas conforme aux limites et aux états de l'adjudications publique, car il a promis la garantie de revenu au concessionnaire, ce qui lui a permis de couvrir non seulement le coût de fonctionnement des installations et ses coûts financiers (cela aurait pu être conforme à la théorie de l'imprévision et donc acceptable) mais également un certain retour

⁶⁷⁴ Dominique LORRAIN, Les services urbains, Le marché et le politique, in l'expérience française du financement privé des équipements publics, sous la direction de Clan de MARTINAUD, Economica, 1993 p.18.

⁶⁷⁵ Philippe BOLMIN, Pour un nouveau partenariat public privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : La notion de co-développement.

RDAI n°2, 1999. p.147.

⁶⁷⁶ Clause citée par Mare TRILET, Le projet Ilménite à Fort-Dauphin, Madagascar. Recherche de sécurité juridique à long terme pour les projets d'infrastructure en financement privé en Afrique, RDAI, N°6, 1999 p.617.

⁶⁷⁷ Daniel GHADBANOL et Jean Pierre JOUGUELET, Marchés publics de travaux, Moniteur 1994. p.173.

sur investissement, ce qui est très contradictoire à la théorie d'imprévision⁶⁷⁸. Alors, de toute urgence, une loi de validation a été présentée au Sénat tendant à lever l'insécurité juridique qui pourrait affecter ce contrat⁶⁷⁹.

497. Dans un certain nombre de pays comme le Vénézuéla, l'équilibre économique du contrat ne s'effectue pas par le recours à la théorie de l'imprévision mais par le biais de la notion de l'enrichissement sans cause⁶⁸⁰. Au Pérou, si la prestation est devenue excessivement onéreuse en raison d'événements imprévisibles, la partie liée peut demander au juge de statuer⁶⁸¹. Il convient de constater que l'indemnisation de la société concessionnaire se fait sur la base de la théorie de l'imprévision en vertu du caractère administratif du contrat CET. Ainsi, à la différence des législations franco-africaines, ayant recours au droit administratif pour rééquilibrer l'économie du contrat, le législateur au Pérou ou au Venezuela s'appuie que le Code civil.

498. En ce qui concerne la théorie du fait du prince, un droit de compensation est reconnu à la société concessionnaire pour les conséquences préjudiciables résultant de l'activité de l'autorité concédante au cours de l'exploitation du projet CET. Cette compensation peut prendre la forme de demande de construire des infrastructures additionnelles, d'ajourner les travaux de construction, de modifier le design, etc⁶⁸².

499. A la différence de la théorie de l'imprévision, la théorie du fait du prince donne à la société de projet le droit à indemnisation intégrale. Son application suppose aussi que la mesure aggravant les charges contractuelles ait un caractère imprévisible. Cette mesure doit aussi résulter de l'autorité concédante elle-même et apporter un préjudice à la société de projet⁶⁸³.

c) Les obligations financières à la fin de la période de concession

500. Ces obligations sont relatives aux dépenses de transfert de la propriété des installations à l'autorité contractante à la fin de la période de concession et à l'indemnisation de la société concessionnaire.

⁶⁷⁸ Emmanuel FONTAINE.

⁶⁷⁹ Christian VIGOUROUX, La place de la délégation dans la conception du service public : in La Gestion déléguée du service public. Colloque des 14 et 15 Novembre 1996 au Sénat. RFD adm n°3 1997. p.140.

⁶⁸⁰ Pierre-Henri GANEM. Op.cit. RDAI n°5 1996.p.678.

⁶⁸¹ Victor BENTATA. Les pratiques andines relatives aux contrats d'Etat. In contrats internationaux et pays en développement, sous la direction de Hervé CASSAN. Economica 1989 p.262.

⁶⁸² Philippe BOLMIN, op.cit. 1999 p.148. Marc FILLET, op.cit. 1995 p.36.

⁶⁸³ De LAMBADERE, op.cit. T-2. p.521.

501. Dans la pratique, l'autorité concédante prend en charge toutes les dépenses relatives à ce transfert de la propriété des installations. Il s'agit des taxes, impôts, les honoraires des experts et techniciens, les dépenses nécessaires à l'obtention des approbations ou autorisations et toute action nécessaire à ce transfert de propriété. « *EEA shall be responsible in the Arab Republic of Egypt in convection with the transfer (...) and shall at its own cost obtain or effect all governmental and other approvals, licenses, registrations and filings and take such other actions as necessary for such transfer* ». Le guide de l'UNIDO n'adopte pas cette solution. Elle recommande l'identification de la partie qui doit supporter ces dépenses dans le contrat de concession CET. L'UNIDO estime que l'autorité concédante doit assumer les coûts additionnels directs au transfert tels que les taxes, les nouveaux permis et les droits de mutation⁶⁸⁴.

502. En définitive, l'autorité contractante doit, au terme de la période de la concession, indemniser la société de projet. Cette indemnisation est liée au transfert des biens de reprise et au transport de la propriété des projets non rentables. Ainsi la société de projet peut récupérer ses capitaux avec une rémunération équitable. A cet effet, elle mettra à la disposition de l'autorité concédante des infrastructures en bon état de fonctionnement.

B- Les obligations non financières de l'autorité contractante

Les obligations non financières de l'autorité contractante sont fonction des trois étapes du projet : le conclusion, l'exécution et la fin du projet.

1- Les obligations non financière à la conclusion dn contrat

504. L'autorité contractante est tenue de mettre à la disposition de tous, les moyens indispensables pour l'exécution du projet. Au départ, elle doit aider la société concessionnaire à l'obtention des autorisations administratives. Celles-ci présentent une grande importance puisqu'elles peuvent retarder le démarrage des travaux de construction ou différer la mise en service industriel⁶⁸⁵. Le contrat contient généralement une clause obligeant l'autorité contractante à apporter tout son soutien à la société pro concessionnaire ; à ses frais.

⁶⁸⁴ UNIDO Guidelines BOT. op.cit. 1996, pp 276 et 277.

⁶⁸⁵ Didier LAMETHE, Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matière de grands projets d'investissements op.cit. 1998, p.54.

505. L'autorité contractante est, alors, obligée d'aider la société concessionnaire dans les démarches visant à obtenir les autorisations administratives imposées par la loi du pays d'accueil⁶⁸⁶. Un traité peut avoir imposé au pays d'accueil l'autorisation nécessaire et provenant d'un autre pays. Il en est ainsi du *Great Anatolian Project* pour la production de l'énergie que la Turquie a commencé à réaliser dans les années soixante sans l'autorisation expresse de la Syrie, ni de l'Iraq, ses voisins et utilisateurs avals des eaux du Tigre et de l'Euphrate⁶⁸⁷. L'acquisition des terrains constitue un préalable. Cette obligation peut s'effectuer sous forme d'achat, de location ou d'usufruit ou par expropriation⁶⁸⁸. En raison de la complexité des opérations d'expropriation, le guide de CNUDCI pour les projets d'infrastructures à financement privé recommande que les lois relatives à l'expropriation identifient les parties qui les achève et supporte les coûts inhérents⁶⁸⁹.

506. La coordination des procédures administratives avec les ministres, les agences gouvernementales et les autorités locales, la CNUDCI a invité chaque pays à établir une haute autorité publique⁶⁹⁰. Les pays qui ont suivi cette voie, poursuivent, en fait la politique « *one window system* » conformément à laquelle la société de projet traite avec une seule administration pour obtenir et renouveler les autorisations administratives⁶⁹¹. Enfin, l'autorité concédante a l'obligation de fournir au concessionnaire les documents comportant toutes les spécifications techniques et un relevé de l'état des lieux.

2-Les obligations non financières à l'occasion de l'exécution du projet

507. Les obligations à la charge de l'autorité contractante à cette période peuvent s'avérer très importantes en l'absence de toute diligence de celle-ci. Il est mis à la charge de l'Etat l'obligation de faciliter le déplacement de capitaux et du personnel de la société de projet.

⁶⁸⁶ Il s'agit des autorisations d'exporter et d'importer le matériel nécessaire, au projet, les permis de construction, les permis de travail des personnes étrangères, la convertibilité et la transférabilité des recettes en devises.

⁶⁸⁷ Pierre-Henri GANEH. Op.cit. RDAI, 1997 .n°2,p.259. En effet ces deux pays ont menacé de prendre des mesures de représailles pour les sociétés qui participeront à ce projet.

⁶⁸⁸ La procédure d'expropriation n'est la même dans tous les systèmes juridiques. Dans la pratique, elle s'effectue en deux étapes. En premier lieu, les propriétaires sont avisés de l'intention de l'autorité d'exproprier au moyen d'une notification sous la forme de déclaration d'utilité publique. (voir CNUDCI, Draft Chapter of a legislative guide on privately financed infrastructure projects. Report of the Secretary general, CAN 9 438 Add 3, 1996 p.3.) A l'issue de cette étape, suivent l'évaluation et le dédommagement des propriétaires.

⁶⁸⁹ CNUDCI op.cit- ACN 9438 add 3 p.4.

⁶⁹⁰ Un certain nombre de pays ont procédé de la sorte. Par exemple la *High Planning committee* en Turquie, la *State Planning Commission* en Chine, L'*APLX* au Sénégal.

⁶⁹¹ Emmanuel MOULIN. Vietnam, Nouvelle Loi sur les investissements étrangers. CJFE n°2 1997 p.255.

L'autorité doit alléger les procédures d'entrée et de séjour du personnel⁶⁹². Elle doit aussi mettre à sa disposition⁶⁹³ des locaux, des entrepôts, des installations de communication. La mise à dispositions du concessionnaire des locaux et accessoires et toutes les questions y afférentes doivent être réglés par le contrat lui-même ou par la loi organisant les projets exécutés selon la formule CET⁶⁹⁴. L'autorité concédante doit aussi garantir la protection de la société de projet contre tout comportement susceptible de mettre en danger l'exploitation du projet. Cette protection se fonde sur le fait que la société de projet ne maîtrise pas les réalités économiques, fiscales et juridiques du projet. Ces droits doivent donc être protégés contre toute procédure ou comportement y portant atteinte. L'autorité concédante s'engage aussi à la garantie de changement des paramètres du contrat : changement de lois et règlements en vigueur dans le pays d'accueil lors de la conclusion du contrat. Ces changements peuvent influencer négativement les droits escomptés par la société concessionnaire. Cette garantie s'exprime dans les clauses de stabilisation des lois et règlements et d'intangibilité du contrat. La réparation des risques dommages résultant de troubles, de guerre et d'émeutes est à la charge de l'autorité concédante. Cette garantie s'étend à la concurrence, même en l'absence d'une clause spécifique⁶⁹⁵. Dans cette hypothèse, le fondement juridique et légitime résulte du privilège d'exclusivité⁶⁹⁶ accordé à la société de projet. Ce privilège répond aux exigences des prêteurs et promoteurs du projet qui veulent s'assurer que les recettes seront suffisantes pour le remboursement des prêts. La société de projet ne bénéficie pas de ce fait, d'un monopole légal, ou que l'autorité concédante interdit l'exercice de toutes activités assimilées. Son obligation se limite à la garantie de ne pas prendre de mesure facilitant la mise en place de projet concurrent⁶⁹⁷. Elle ne peut pas non plus, accorder l'exploitation à une autre personne ou lui accorder l'autorisation⁶⁹⁸. A ce propos, l'article 34.2 du contrat de concession

⁶⁹² Il arrive que le contrat convie certains aspects de la vie de la société de profit tels que la scolarisation des élèves, la couverture des besoins de santé, la mise d'équipements sportifs ou culturels. Mr. Patrick BLANCHARD cite le contrat qui précise les facilités. Il concerne le chantier de Guang Dong à Daya Bay en Chine méridionale. Construction de deux tranches nucléaires de 900 M.W par EDF, Fiatom et Abtstom, voir Patrick BLANCHARD, Des montages juridiques pour la production indépendante d'électricité, Thèse Paris V. Paris 1974, p.525.

⁶⁹³ Elle doit pouvoir aménager à la société de projet les droits de passages et servitudes ; à moins que la société de projet ait négocié directement avec les propriétaires de l'acquisition des terrains.

⁶⁹⁴ Il s'agit d'un contrat, il doit comporter des stipulations obligeant l'autorité concédante à acquérir les servitudes auprès des propriétaires et les transférer

⁶⁹⁵ Il s'agit d'un contrat, il doit comporter des stipulations obligeant l'autorité concédante à acquérir les servitudes auprès des propriétaires et les transférer à la société de projet. Le contrat en BOT peut comporter des stipulations permettant à la société de projet de procéder à l'expropriation.

⁶⁹⁶ Marc FRILET, BOT contracts, the critical ingredients of the French models, PFI Issue 24 June, 1995, P.35.

⁶⁹⁷ CNUDCI, op.cit.p.12.

⁶⁹⁸ Le Conseil d'Etat français a abondé dans le même sens. CE. 2 Février 1994 Stans p.84. 26 Novembre 1897. Jeannin p.269. « Si les communes ne peuvent constituer au profit d'un tiers le monopole de l'éclairage privé, il

d'Eurotunnel prévoit que : « les concédants s'engagent à ne pas faciliter la construction d'une autre liaison fixe dont l'exploitation commencerait avant 2020... » Egalement en Thaïlande, une société concessionnaire a reçu le droit de construction de 20 kilomètres d'autoroute et de l'exploiter pour 30 ans. Relativement à la protection de la société de projet contre les tiers utilisateurs des services du projet, l'autorité concédante est dans l'obligation de poursuivre les personnes commettant des infractions concernant l'activité faisant l'objet du contrat de concession⁶⁹⁹. Il est évident que la résiliation unilatérale du contrat de concession est un droit de l'administration concédante contractante. Ce droit connaît, cependant, deux limites⁷⁰⁰. La résiliation doit avoir pour objet les dispositions intéressant le service ; l'aménagement de l'ouvrage public objet du contrat CET. L'autorité concédante ne peut pas modifier les conditions financières du contrat (le prix). La modification ne peut pas bouleverser le contrat dans sa substance ou son essence ou imposer à l'entrepreneur l'exécution d'ouvrage nouveau ou changer les conditions essentielles du marché. La société de projet aura droit à une indemnisation en cas de dépassement de ces limites. Elle peut aussi demander la résolution du contrat.

3- Les obligations non financières à la fin de la période de Concession

508. Aux termes du contrat, l'administration contractante est tenue de collaborer aux fins des opérations de transfert de la propriété de l'ouvrage. C'est une période transitoire délicate où les agents de l'administration publique s'associent au concessionnaire pour s'adopter aux modalités de l'administration. A cet effet, ceux-ci ne doivent pas s'immiscer dans l'administration du projet. Lorsque l'administration constate le bon fonctionnement des installations, elle doit délivrer à la société de projet un certificat d'acceptation.

Sous paragraphe II : Les obligations de la société de projet

509. La société de projet a l'obligation de financer, de construire, d'exploiter et de transférer la propriété de l'ouvrage objet du projet. En tout état de cause, la société de projet a des obligations financières (A) et non financières (B).

leur appartient pour assurer sur leur territoire le service de l'éclairage tant public que particulier. de s'interdire d'autoriser ou de défavoriser sur le domaine municipal tout établissement pouvant faire concurrence à leur concessionnaire ». Cité par De LAUBADERE, op.cit-T2 1984 P.193.

⁶⁹⁹ De LAUBADERE, op.cit. T2 1984, P.195.

⁷⁰⁰ Idem. p.465.

A- Les obligations financières de la société de projet

510. Ces obligations peuvent être étudiées selon que l'on est à la conclusion (1) du contrat, pendant son exécution (2) et son extinction (3).

1- Les obligations financières lors de la conclusion du contrat

511. La première obligation financière est relative aux dépenses liées à l'étude de faisabilité menée par les experts financiers et juridiques de la société de projet dans le cadre de la préparation de l'offre. Elle doit également la garantie de soumission accompagnant le dépôt de l'offre. Vont s'y ajouter les frais relatifs au contrat d'assurance-prospection⁷⁰¹. Lors de la conclusion du contrat CET, les négociations avec l'autorité concédante peuvent bien ne pas déboucher sur la formation du contrat. Dans cette hypothèse, les promoteurs devront supporter les frais de liquidation du consortium ou groupement d'entreprises. Alors se pose la question de la convention contre les risques de non réalisation du projet. D'après M. Antoine KHYR et M. Joël MAGDELAINE⁷⁰², il est difficile de solliciter la couverture de ce risque auprès des assureurs. Leur probable recours est l'aide ou subventions auprès des autorités publiques concédantes sur la base des études de faisabilité réalisées. C'est justement cette étude qui va fonder la décision à prendre. Car cette étude aura déterminée et approuvée la rentabilité du projet. Elle aura certainement déterminé le taux de rentabilité ou de rendement⁷⁰³ interne du projet.

512. A l'inverse, si le contrat est conclu, il doit compenser les fondateurs de la société de projet. En effet, la loi française et l'Acte Uniforme portant droit des sociétés commerciales de l'OHADA, respectivement à leurs articles 269 et 756 à 757 permettent à la société, à l'occasion de sa constitution, ou de son fonctionnement, de créer des actions de priorité à la condition qu'elles soient inscrites dans les statuts ou créées par décision de l'assemblée

⁷⁰¹ François GISCARD D'ESTAING, *Financement et garantie du commerce international*, PVF, 1977 pp28 et 29. Ce contrat est conclu entre les promoteurs et la COFACE et a pour objectif de couvrir les dépenses engagées par les promoteurs pour prospecter le marché dans le pays d'accueil et celles des études de marché.

⁷⁰² KHYR et MAGDELAINE, *op.cit* Annexe 1988.

⁷⁰³ Il s'agit du rapport entre l'ensemble « du cash flow et du projet actualisé et cumulé et le coût total du projet évalué à la même date, inflation et intérêts inclus ». Voir Marcel SARMET, *op.cit* p.87, colloque de Paris 1990. Au contraire, le secteur privé se fondera sur le rendement financier du placement attendu sur la période considérée. Voir Marcel SARMET, *les techniques nouvelles de financement privé d'ouvrages publics permettant la coopération entre secteur public et secteur privé* in *Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1993* ; Colloque de Paris de 26 et 27 Mai 1990. FEDUCCI p.89

générale extraordinaire des actionnaires⁷⁰⁴. Il est aussi possible de créer des actions à double voix de vote.

1) Les obligations financières à la phase d'exécution du contrat

513. Fondamentalement, ces obligations se rapportent aux travaux de construction et de l'exploitation du projet. A l'occasion des travaux de construction, la société de projet est tenue de payer à la construction le prix de l'achèvement des travaux. En effet, elle prend en charge les frais de garanties de bonne exécution des travaux vis-à-vis de l'autorité concédante. Elle devra aussi supporter toute charge au titre d'indemnisation pour non exécution les obligations. Pendant l'exploitation, la société de projet prend également en charge les frais d'exploitation et de maintenance des installations. Elle est tenue de payer des indemnités à l'autorité concédante si elle ne respecte pas ses obligations issues des contrats d'exploitation, de maintenance de *supply or pay* et de *take or pay*. Dans certains cas, la société de projet est obligée de verser à l'autorité contractante un pourcentage des recettes générées par le projet⁷⁰⁵.

2) Les obligations financières à la fin de la période de la concession

514. A cette phase, les obligations de la société de projet sont relatives aux dépenses de transfert de propriété à l'autorité contractante.

Ces obligations sont de deux types : celles relatives au transfert des installations et celles relatives aux garanties. Pour ce qui concerne les dépenses relatives au transfert des installations, le guide de l'UNIDO suggère que la société de projet supporte les coûts se rapportant à l'apprentissage additionnel du personnel de l'autorité contractante aux inspections et aux certifications requises. Quant aux dépenses relatives aux garanties, la société de projet est chargée de fournir des garanties pour s'assurer que les installations sont en bon état de fonctionnement et sont capables donc à donner les performances prévues.

⁷⁰⁴ Ces actions présentent des avantages soit en cours de vie de la société (dividende majoré, dividende précipitaire), soit lors de sa liquidation (attribution d'un pourcentage de l'actif net ou remboursement prioritaire).
Il

⁷⁰⁵ Par exemple, l'article 4 du contrat de la construction et de l'exploitation de l'Aéroport Dahar selon la formule CET, oblige la société de projet à verser à l'autorité concédante (1,5% de la totalité des recettes du projet avec une période de grâce des cinq premières années. Ce pourcentage sera doublé tous les cinq ans et ne doit dépasser 5,5% à la fin de la période de concession.

B- Les obligations non financières de la société de projet

515. La société de projet est chargée d'un certain nombre d'obligations tant pendant la période de la construction de projet, de l'exploitation qu'à la fin de la période de concession.

1- Les obligations non financières à la période de conclusion du contrat

516. A cette phase, les obligations sont relatives aux négociations avec l'autorité concédante, à l'étude du contexte politique, économique et financier du pays d'accueil, à la préparation des accords préliminaires du groupement d'entreprises. Pour la société de projet, la maîtrise des dépenses financières liées à ces obligations et l'analyse de l'environnement fiscal du pays d'accueil, le recours aux experts financiers⁷⁰⁶ pour le montage du financement de projet est nécessaire.

2- Les obligations non financières pendant l'exécution du contrat

517. Pendant cette phase, la société de projet a l'obligation de construire, et d'exploiter les installations. L'exploitation des installations doit respecter les règles générales de fonctionnement des services publics. Les obligations de construire et d'exploiter les installations constituent les obligations principales du contrat CET. Ces obligations doivent être exécutées conformément aux conditions posées dans le cahier des charges. Le respect de ces conditions et spécifications est à l'avantage des parties puisqu'il permet une mise en service accélérée des installations. Logiquement, à l'occasion de la construction, la société concédante est tenue de réparer tous préjudices résultant des travaux ; en l'occurrence le rétablissement des voies de communication, l'écoulement des eaux naturelles et artificielles dont le cours est modifié ou détourné⁷⁰⁷. Elle est par ailleurs, tenue de se conformer aux lois et règlement existant ou futurs et relatifs aux permis de construire, à la salubrité, à la sécurité, à la défense nationale, à la préservation des sites et paysages⁷⁰⁸. Relativement à l'exploitation, la société de projet se trouve dans une double relation. D'une part, elle est engagée vis-à-vis

⁷⁰⁶ Ces experts pourraient assister les promoteurs lors de la négociation de différents contrats dans le montage du projet CET. Généralement, les experts sont des banques commerciales ou d'affaires. Voir à ce propos. David CORCHIA et Ivan BENICHOU, *Le financement de projet « Project finance »* ed. Eska, 1996 pp. 23 et s

⁷⁰⁷ Jean DUFAU, *Op. cit* 1979, p. 72

⁷⁰⁸ Patrick BLANCHARD, *Op. cit*, RDAI ; 2000 N° 4 P. 461

de l'autorité concédante, d'autre part elle est obligée à l'égard des usagers et prêteurs. Auprès des usagers, elle est tenue de fournir les quantités prévues par le contrat. Elle doit, par exemple en matière de fournitures d'électricité, fournir l'énergie électrique à tous les consommateurs qui en font la demande. Dans les projets d'autorité, elle doit mettre à la disposition des usagers les installations prévues par le contrat ; tout en assurant l'égalité entre ceux-ci. L'exploitation de l'ouvrage par la société de projet permettra le remboursement des prêteurs. En cas de défaillance ou interruption de l'exploitation, les banques prêteuses, sous réserve des stipulations de l'Accord de projet, peuvent procéder au remplacement de la société de projet par une autre ou de poursuivre elles mêmes ces exploitations. La société de projet doit personnellement exploiter l'ouvrage. Cette obligation résulte du principe *l'intuitu personae*. Ce principe est caractéristique de l'Accord de projet dans les projets CET. Cet *intuitu personae* implique une confiance particulière entre la société de projet et l'autorité concédante. En vertu de ce critère, la société de projet est alors tenue d'exécuter elle-même l'Accord de projet.

Mais elle ne signifie pas une interdiction absolue de changement dans la personne du concessionnaire. Tout changement dans ce sens doit respecter les conditions stipulées dans l'Accord de projet et les lois organisant la formule CET ou la concession de service public⁷⁰⁹.

518. La concession du contrat de concession est assujettie à un agrément préalable de l'autorité concédante⁷¹⁰. Ainsi dans le contrat de concession de la construction de l'Aéroport Dahab, il est stipulé à l'article 5 qu'il n'est pas admis à la société de projet de procéder à la cession de ses droits et obligations résultant du contrat à un tiers qu'après l'approbation écrite de l'autorité concédante et du conseil des ministres. Aussi l'article 31 4 du contrat de concession d'Eurotunnel prévoit-il que « Chacun des concessionnaires a la faculté dans un acte soumis au droit français ou anglais, de transférer la présente concession ou les droits

⁷⁰⁹ Par exemple, la loi sénégalaise du 13 Février 2004 sur les contrats en BOT dispose en son article 22 que « L'opérateur du projet, sélectionné à l'issue de la période prévue au chapitre II de la présente loi, est responsable personnellement de l'exécution du contrat en CET (BOT). Il peut néanmoins confier la réalisation de certaines de ses obligations à des tiers placés sous sa responsabilité. L'opérateur du projet ne peut transférer le contrat à un tiers que dans les conditions prévues par le contrat CET. Le contrat CET peut notamment prévoir un transfert soit au profit des institutions ayant financé tout ou partie du projet soit au profit d'un tiers proposé par ses institutions (...)

L'autorité concédante doit agréer le tiers à qui le contrat a été transféré. Elle ne peut refuser cet agrément que dans les conditions prévues par le contrat »

⁷¹⁰ Article 22 précitée. Les lois égyptiennes adoptant le système CET exigent l'approbation préalable du conseil des Ministres pour que la société de projet puisse transférer la concession ou les droits qu'elle lui confère à une autre entité des Aéroports. L'article 12 bis de la loi N° 229 de 1996 relative à la construction et l'exploitation des autoroutes selon la formule BOT et l'article 7 de la loi N° 100 de 1996 relative à la construction et l'exploitation de projets d'électricité.

qu'elle lui confère avec l'Accord des concédants à une entité quelconque ». Il va donc de soi que la société de projet choisie, en vertu des garanties personnelles présentées, ne puisse, sans le consentement de l'autorité concédante, transférer les obligations et les droits résultant du contrat de concession à un tiers inconnu, et qui probablement peut ne pas offrir les mêmes garanties. Cette approbation s'impose de plein droit, même en l'absence d'une stipulation contractuelle ou de disposition réglementaire⁷¹¹. En cas d'obtention de cette approbation, il est admis que l'autorité concédante exige que la nouvelle entité remplisse certaines conditions⁷¹². La substitution d'une nouvelle entité n'éteint pas les obligations de paiement ou de remboursement des prêts accordés par le syndicat bancaire à la société de projet ; pas pour autant que la société de projet ne se décharge pas de la responsabilité des installations. Elle demeure toujours responsable vis-à-vis de l'autorité contractante.⁷¹³

En cas de cession non autorisée, le contrat de cession ne peut être opposé à l'autorité concédante.⁷¹⁴ Ce cas de figure peut d'ailleurs constituer une faute pouvant entraîner la responsabilité de la société de projet, à condition que l'autorité concédante ait subi un préjudice. Cette cession irrégulière peut enfin, entraîner la déchéance de la société de projet à la suite d'une mise en demeure.

519. Par contre, lorsque la cession est autorisée, cette autorisation entraîne la subrogation de la société de projet par la cessionnaire aux droits et obligations résultant du contrat.⁷¹⁵ En dernier lieu, la société de projet doit prendre en compte les exigences de l'autorité contractante quant à l'ouvrage à exploiter mais aussi l'intérêt des usagers⁷¹⁶. En d'autres termes, la société de projet doit respecter les principes du service public⁷¹⁷. Ces principes

⁷¹¹ Jean DUBAU, op. cit., 1979 p. 72 cette approbation doit être préalable que la cession soit totale ou partielle et

⁷¹² Elle doit aussi présenter des garanties suffisantes pour assurer la bonne exécution du contrat.

⁷¹³ Patrick BLANCHARD, op. cit. RDAI N° 4 2000 p. 448

⁷¹⁴ DE LAUBADERE, op. cit. T2. 1984 p 40

⁷¹⁵ *id.* p. 112

⁷¹⁶ Marceau NONG, La réunion de tous les acteurs de la gestion déléguée au sein de l'Institut de la gestion déléguée, in la gestion déléguée du service public, Colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat, RFD adm N° 3 1997 p 78

⁷¹⁷ On peut distinguer trois principes dégagés de la jurisprudence : le principe de continuité du service public, le principe d'égalité et le principe de l'adaptation du service public. Voir Christian VIGOUREUX op. cit. RFD ordre N° 3 1993 p 139

Le principe de continuité du service public est le droit pour l'utilisateur du service public de bénéficier d'une fourniture permanente des prestations du service public. Le service public doit être assuré sans défaillance ni interruption – (voir DE LAUBADERE, op. cit. T2 1984 p 77.) Au SV, en cas d'interruption, la société de projet doit informer le public le plus promptement. « ...l'interruption ou les restrictions de circulation sont portées à la connaissance du public par les soins des concessionnaires au moins quinze jours à l'avance, sauf cas d'urgence par vote approprié dans les conditions précisées par la commission intergouvernementale ». Article 4.3 concession Eurotunnel. L'Article 14.2 ajoute que « les concessionnaires doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour permettre la continuité et la fluidité de la circulation dans de bonnes conditions de sécurité et de commodité ».

s'imposent à la société de projet dans ses relations d'une part avec l'autorité concédante et d'autre part avec les usagers. Pour garantir le respect de ces principes, l'autorité contractante doit bénéficier d'un droit de surveillance et de contrôle.

3- Les obligations non financières à la fin de la période de la concession

520. Les obligations dont-il s'agit ici sont celles liées au transfert de la propriété des installations à l'autorité concédante. A cet effet, s'ajoute l'obligation connexe de maintenir l'ouvrage en bon état de fonctionnement. Elle se doit, en définitive, de délivrer tous les documents nécessaires au fonctionnement des installations et d'entraîner les employeurs de l'autorité contractante pour qu'ils puissent s'adapter à la méthode de l'administration et de fonctionnement du projet.

Paragraphe II : La fin du contrat de concession CET

521. La règle, comme dans tout contrat, est la fin du contrat. L'expiration de la période de concession constitue la fin normale (Sous paragraphe I) du contrat CET. Néanmoins, la fin du contrat sera anticipée dans certains cas souvent énumérés dans le contrat.

En tout état de cause, la fin du contrat entraîne des obligations à la charge des parties (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I : La fin anticipée du contrat

522. Si le contrat peut prendre fin de façon anticipée, les parties déterminent et détaillent les cas dans lesquels elles peuvent mettre fin par anticipation au contrat. La fin du contrat CET peut intervenir à l'initiative de l'autorité contractante (A) ou par le fait de la société de projet (B).

Le principe d'égalité a un double aspect : l'égalité d'accès au service public et l'égalité de traitement au sein du service.

Le premier signifie que chaque usager remplissant les conditions déterminées par le cahier des charges a le droit de bénéficier du service sans que la société de projet puisse l'empêcher.

L'égalité de traitement au sein du service signifie que les utilisateurs doivent être traités sans préférence les uns par rapport aux autres. Cette égalité est relativisée selon le groupe d'usagers si ceux-ci bénéficient de privilèges. Dans cette optique, la société de projet peut pratiquer des discriminations tarifaires dans des cas exceptionnelles.

Le principe de l'adaptation du service public signifie que celui-ci doit être adapté aux évolutions technologiques et sociales ce qui oblige la société de projet à procéder constamment à des modifications concernant la nature, la qualité et la quantité des prestations fournies aux usagers.

A) La fin du contrat CET à l'initiative de l'autorité contractante

523. L'autorité contractante a la faculté de décider de la fin du contrat CET du fait de la violation de la société de projet de ses obligations, du changement affectant sa situation juridique, des pouvoirs des prêteurs stipulés dans le contrat de prêt et transférés au contrat de concession ou accord de projet, et de l'existence d'un cas de force majeure.

Il convient d'évoquer les motifs de l'anticipation avant d'envisager les obligations à la charge de l'autorité concédante.

1- La violation des obligations par la société concessionnaire

524. Dans la majorité des cas, cette fin résulte de la violation des obligations essentielles mises à la charge de la société concessionnaire. Il s'agit de l'incapacité de commencer les travaux de construction ou de satisfaire les conditions préalables de la délivrance des prêts, la non-satisfaction des exigences conditionnent les commencements de la période d'exploitation des installations à condition que cela ne soit pas dû à la non – délivrance du fuel ou du fuel alternatif aux termes du contrat *supply or pay*, au retard des autorisations nécessaires à l'exploitation du projet, l'abandon du projet après la période de construction et avant l'achèvement de la période d'exploitation ou l'incapacité de la société de projet de poursuivre l'exploitation du projet, l'accumulation des pertes résultant de la mésestimation des pertes annulées de la dépréciation ou des montants litigieux.⁷¹⁸, l'invalidité des garanties ou indications présentées par la société concessionnaire qui peuvent avoir des influences sur sa capacité à exécuter les obligations résultant du contrat, la défaillance de la société de projet de s'acquitter de toutes sommes dues à l'autorité contractante aux termes du contrat. Toutefois, l'autorité concédante ne peut pas mettre fin au contrat si la défaillance de la société de projet est causée par la violation de ses propres obligations, par la non exécution de la garantie de la Banque Centrale assurant l'exécution de ses obligations du contrat *supply or pay*, par une force majeure ou un changement des lois en vigueur lors de la conclusion du contrat.

⁷¹⁸ « After the commercial operation date (...) of cumulative operating losses (...) without taking into account to any accumulated depreciation and dispute amount until (.....) »

2-Le changement affectant la situation juridique de la société de projet

525. Il est tout à fait logique que tout changement dans la situation juridique de la société de projet puisse déboucher sur la fin du contrat. Car cette circonstance aurait influencé sa capacité à remplir ses obligations découlant du contrat.

3- La force majeure

526. La force majeure a un effet considérable sur le sort du contrat. Les effets essentiels sont l'exonération de la partie affectée et la suspension de l'exécution du contrat pendant la durée de l'évènement constituant un cas de force majeure.⁷¹⁹ La force majeure ne sera prise en compte que si elle a persisté dans le temps. En pratique l'autorité contractante a le choix soit d'indemniser la société de projet⁷²⁰ des pertes subies ou de mettre fin au contrat en faisant part de son intention à la société de projet : « *in lieu of making a payment (...) EEA may elect to terminate this agreement by delivery of a written notice of such termination to the company* ».

4) L'exercice des prérogatives de l'autorité contractante

527. L'autorité contractante tient ces droits exorbitants de la loi ou du contrat. Au contraire des prérogatives contractuelles, les prérogatives légales peuvent être exercées même en cas d'absence d'une clause spécifique dans le contrat. Car l'autorité publique peut mettre fin au contrat CET pour des motifs d'intérêt général.⁷²¹ Le contrat de concession peut contenir des clauses confiant à l'autorité contractante le droit de mettre fin au contrat. L'une des clauses permettant à ce résultat est la clause de rachat de concession.⁷²²

⁷¹⁹ Nicolas SOKOLOR, La force majeure dans les contrats entre sociétés occidentales et centrales commerciales soviétiques. DPCI N° 3. 1975 p 478, Marcel FONTAINE, Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux DPCI. N° 4 1979 P 485.

⁷²⁰ Dans le contrat du Tunnel sous la Manche, en cas de résiliation pur force majeure, les concessionnaires n'ont pas droit à indemnité, mais les gouvernements peuvent payer les concessionnaires pour les bénéfices financiers nets résultant de la réalisation. Voir Robin BELLIS, le financement privé des grands réseaux européens de transport. Leçon de la liaison fixe Transmanche ou Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1993 Colloque de Paris 26 et 27 mars 1990 organisé par FEDUCI, FBC 1991 p. 198.

⁷²¹ Jean-François AUBY, La délégation de service public – guide pratique, Dalloz, 1997 p 214,

⁷²² A côté du rachat contractuel, il existe le rachat amiable qui ne produit qu'après avoir conclu un accord de volonté entre les parties et le rachat légal permettant à l'autorité concédante de racheter la concession dans les conditions prévues par un texte spécial. Voir De LAUBADERE, op cit. T2 1984 pp. 734 et 5.

Les charges de l'autorité contractante

528. Le rachat de concession est « l'acte unilatéral et discrétionnaire par lequel l'administration, en dehors de toute déchéance et faute de concessionnaire, met fin à la concession avant la date fixée pour son expiration dans l'intérêt du service public et pour l'organiser en régie. »⁷²³ Le rachat de la concession permet alors à l'autorité concédante de mettre fin unilatéralement à l'exécution du contrat de service public même en l'absence de faute. A l'occasion du rachat, l'autorité contractante doit pouvoir indemniser conséquemment la société de projet. L'autorité contractante doit lui payer une somme égale aux restantes et aux taxes de régularisation. « In the event of default (.....) EEA shall pay the Company compensation in dollars equal to the remaining debt plus the Tax adjustment. » Il est raisonnable que les sommes compensations soient égales aux dettes du projet. La compensation que l'autorité concédante paie en cas d'interruption résultant, par exemple, d'un cas de force majeure est faite pendant et après la période concédante est obligée de payer à la société de projet un montant égal au service de ses dettes⁷²⁴. Il en est de même à la fin du contrat. En cas de rachat, le cahier des charges prévoit généralement soit une indemnité en capital ou une indemnité par an unités.⁷²⁵ Dans le premier cas, on distingue : l'indemnité d'amortissement et l'indemnité industrielle. L'indemnité d'amortissement permet à la société de projet de couvrir les coûts des biens non encore amortis. Il peut s'agir des charges de remboursement des dettes ou les amortissements des installations. En pratique, le contrat CET précise le mode de calcul de cette indemnité. A défaut, on doit préciser effectivement exécutées dans l'intérêt de la concession.

529. En revanche, l'indemnisation industrielle est destinée à indemniser la société de projet de tous les avantages et gains qu'elle aurait retirés de l'exploitation du projet jusqu'en terme de la concession. L'indemnité par annuités comporte trois éléments : l'indemnité de reprise, de rachat et d'éviction. L'indemnité de reprise a pour but de couvrir le prix des biens de reprise ; en d'autres termes le prix des ouvrages de la concession devant revenir à l'autorité concédante à la fin de la période de la concession. L'indemnité de rachat et d'éviction, quant à elle, correspond aux gains que la société de projet aurait réalisés jusqu'au terme de la

⁷²³ T. LECOMTE, Le rachat des concessions. Thèse. Paris I. 1942 P 15.

⁷²⁴ « upon the occurrence of an event of force majeure completely preventing the project company from delivering capacity and energy to the purchaser the purchaser shall pay to the project company an amount equal to the debt service allocable to such period » citée par Emmanuel FONTAINE, in foreseeability in BOT contract for public infrastructure change variation mechanism. ICLR, part 4 .1998.

⁷²⁵ Jean DUFAU, op. cit. 1979 p 168

concession et à leur accroissement. On peut le déduire, l'indemnisation par annuité est versée par annuités à la société de projet jusqu'à la date d'expiration normale de la concession. Toutes ces charges financières supportées par l'autorité contractante à titre d'indemnisation sont versées dans un compte séquestre tenu par un trust.⁷²⁶ Ainsi, à la fin du contrat, la banque paie directement les banques prêteuses non remboursées.

B – La fin du contrat CET du fait de la société de projet

530. La société de projet peut exercer ce droit lorsque l'autorité contractante ne respecte pas ses engagements ou lorsque des événements affectent sa situation juridique. Le cas de force majeure et le changement des lois en vigueur au moment de la conclusion du contrat. Nous envisageons d'étudier ces différentes hypothèses avant d'évoquer les charges mises à la charge de la société de projet en cas d'exercice de son droit.

1- Les causes de la fin anticipée du contrat

a) La violation des obligations par l'autorité concédante

531. Réciproquement aux droits de l'autorité contractante, la société de projet peut, elle aussi, mettre au contrat CET lorsque l'autorité concédante manque à ses obligations. Les cas suivants peuvent conduire à la déclaration de la fin du contrat : l'incapacité de l'autorité concédante et de son garant (La Banque Centrale) d'effectuer les paiements dus à la société concessionnaire surtout aux termes du contrat *take or pay*⁷²⁷, son incapacité à construire les installations facilite l'accès et l'exploitation du projet. Toute violation du contrat CET surtout l'interdiction de céder les obligations et droits résultant de ce contrat sans le consentement expresse de la société concessionnaire. L'invalidation des garanties ou indications présentées par l'autorité contractante à condition que cela ait un effet sur sa capacité de remplir ses obligations.

⁷²⁶ « EEA. Will deposit or cause to be deposited the compensation payment into an interest bearing escrow account. »

⁷²⁷ « any default or default by EEA in the making of any payment required to be made « and » any default or default by the Central Bank of Egypt in the making of any payment in accordance with the terms of the Central Bank guarantee. »

b) Le changement de la situation juridique de l'autorité contractante

532. Le changement de la situation juridique de l'autorité contractante constitue un argument majeur pour la société de projet de décider de la fin du contrat. Le cas de figure majeur est, par exemple, la dissolution de l'autorité concédante.⁷²⁸ Cette dissolution ne doit pas intervenir dans le but de fusionner, de rétablir ou de privatiser l'autorité contractante et que la mesure ne puisse pas agir sur la capacité de l'autorité concédante à remplir ses obligations. En cas de dissolution pour créations d'un autre organisme ou de privatisation, le nouvel organisme vient à la place de l'autorité contractante.⁷²⁹

c-La modification des lois

533. Il est évident que toute modification dans les lois en vigueur au moment de la conclusion du contrat ne justifie pas l'interruption du contrat CET par la société concessionnaire. Cette modification doit avoir pour effet de rendre invalides, illégales ou nulles les obligations de l'autorité contractante aux termes du contrat de concessions. Il en est même pour les droits de la société concessionnaire et les sommes qui lui sont dues, ainsi qu'aux prêteurs aux termes du contrat de concession, du contrat *supply or pay* et de la garantie de la Banque Centrale du pays d'accueil du projet.

2- Les obligations à la charge de la Société de projet

a- La notification de la fin du contrat

534. La société de projet a l'obligation de notifier à l'autorité contractante et la Banque Centrale la fin du contrat. La Banque Centrale joue un rôle fondamental. En effet, elle garantit les obligations de l'autorité contractante surtout aux termes du contrat *take or pay*. Si les prêteurs bénéficient de réparation, en cas de défaillance, de la société de projet, ce droit s'étend également à la Banque Centrale.

⁷²⁸ Il s'agit surtout de l'hypothèse où l'autorité concédante est une société nationale, un organisme public etc.

⁷²⁹ « *The dissolution (...) of EEA except for amalgamation, reorganization, reconstruction or privatization of E.E.A.* »

b- La compensation

535. La compensation constitue un droit pour la société de projet. Cette compensation comprend les dettes non remboursées, le montant des fonds propres et la taxe de régularisation. Cette compensation constitue une contrepartie des droits puisque l'autorité concédante en devient titulaire. La compensation doit être versée dans un compte séquestre. La fin du contrat peut être aussi naturelle.

Sous paragraphe II : La fin normale du contrat de concession CET

536. En principe, le contrat de concession CET s'achève à l'expiration de la durée stipulée dans le contrat avec obligation principale de procéder au transfert de propriété de l'ouvrage. Mais la formule CET comprend plusieurs variantes⁷³⁰. A chaque formule, dépendra alors le moment du transfert. Ce transfert est gratuit.⁷³¹ Nous aborderons en premier lieu les conteurs de l'obligation de transfert de propriété avant d'appréhender les procédures de ce transfert en second lieu.

A- L'obligation de transfert de la propriété du projet

537. Le transfert de propriété pose un problème préalable⁷³². C'est celui de la reconnaissance du droit de propriété dans les ordres juridiques. Tous les systèmes juridiques n'en ont pas la même appréhension. C'est pourquoi, tous les pays ne reconnaissent pas la notion de propriété. Les autorités concédantes demeurent donc propriétaire du terrain et ne confère à la société de projet qu'un droit d'usufruit.⁷³³ Par contre, dans d'autres pays, l'autorité concédante est propriétaire de tous les biens⁷³⁴. Il est alors indispensable de préciser

⁷³⁰ Il y a un autre : le BOOT, le BOOT : le BT.

⁷³¹ Par exemple, selon la formule BT, la propriété est transférée non pas à la fin de la période de la concession mais après la construction voir à ce propos, Nguyen. DINA At. Mode de financement de projets contrat de construction – Opération – Transfert de technologie. (BOT) RIDC N° 4 t997 p 886.

⁷³² L'attribution aux promoteurs privé de la propriété des installations réalisées ou réhabilitées au titre du contrat en BOT crée, en réalité, les conditions du préfinancement des ouvrages. Il faut souligner que l'occupation au titre de cette relation contractuelle du domaine public entraîne octroi de droits réels. Mais le principe d'inaliénabilité n'admettrait pas ce transfert si les ouvrages déjà et qu'il s'agit juste de les réhabiliter.

⁷³³ Ce droit est stipulé dans un accord appelé Usufruct Agreement.

⁷³⁴ Le statut des équipements réalisés et exploités reste ambivalent. Parce qu'affectés à l'exécution d'une mission de service public, on peut les classer dans le domaine public. Ils demeurent des ouvrages publics même s'ils sont sortis du domaine public. C'est pourquoi, l'investisseur privé n'en a pas la libre disposition. Il reste inaliénable selon la belle et prémonitoire formule de René Capitant

les biens qui doivent faire l'objet de transfert de propriété (1) et les caractéristiques de ce transfert (2).

1- Les biens, objet de transfert de propriété

538. Ces biens sont de nature (meuble ou immeuble) et d'origine (biens apportés par l'autorité contractante ou acquis ou construit par la société de projet) diverses. Mais on peut les regrouper en trois catégories. Les biens propres de la société de projet (a), les biens de retour (b) et les biens de reprise (c).

a- Les biens propres de la société de projet

539. Dans tous les cas, le contrat précise les biens qui doivent revenir à l'autorité concédante au terme de la concession. Il peut s'agir d'un retour de biens ou reprise de biens. Parfois, il s'agit d'une simple faculté. Alors, par élimination, les biens propres de la société sont ceux que le contrat de concession n'a pas prévu dans les biens de retour ou les biens de reprise et ceux sur lesquels l'autorité concédante n'exerce pas son droit de reprise. Les biens propres comprennent les biens meubles et immeubles construits ou acquis par la société de projet.⁷³⁵ Ces biens ne feront objet de transfert de propriété à l'autorité contractante. Toutefois, une convention expresse peut accorder à l'autorité concédante le droit de les acquérir en contrepartie d'une indemnité.

b- Les biens de retour ou *hard-over assets*

540. Les biens de retour sont une catégorie comprenant des biens concédés. Ils sont immeubles par nature ou par destination. Cette catégorie peut comprendre aussi des biens mobiliers affectés à l'exploitation du projet. Dans ce cas, le cahier des charges ou contrat spécial dresse la liste de ces biens.⁷³⁶ Le régime juridique de ces biens est qu'ils appartiennent

⁷³⁵ Il peut s'agir, par exemple, des appareils utilisés pour l'assainissement de l'eau dans les projets de production d'eau potable, les équipements fournis dans les projets de construction de Ponts et Tunnels, les bâtiments construits pour l'installation des ouvriers ou l'entreposage des équipements, les appareils enregistrant les voitures sortant et entrant dans les projets de construction des garages à plusieurs niveaux etc.

⁷³⁶ Ces biens varient selon le projet. Ainsi, dans les projets de chemin de fer, les biens de retour sont tous les immeubles (bâtiments des gares et stations, remises, maisons de garde ; barrières et clôtures des voies, changements de voies, plaques tombantes, réservoir d'eau, machines fixes). Dans les projets d'autoroute à péage,

à la société de projet durant l'exécution de la concession. A cet effet, ils sont inscrits à son bilan⁷³⁷. Ces biens sont transférés gratuitement et automatiquement à l'autorité concédante sans compensation. Toutefois, l'autorité concédante doit indemniser la société de projet à la fin de la période de la concession ou à l'occasion d'une fin anticipée. Ce droit à l'indemnité résulter d'une part du fait que la société de projet aurait édifié ces biens dans les dernières années de la concession et d'autre part de ce que l'amortissement prévu n'a pas pu se réaliser. En tout état de cause, cette indemnité sera due même si la fin du contrat de concession est le fait de la société de projet.⁷³⁸

c- Les biens de reprise ou *recaptured assets*

541. Les biens de reprise sont indispensables à l'exploitation du projet. Ces biens sont financés par la société exploitante au cas où celle-ci n'est pas la société de projet. Ces biens appartiennent à la société de projet par l'effet de substitution de celle-ci à la société exploitante relativement aux engagements financiers. Contraire aux biens de retour, le transfert des biens de reprise est accompagné d'un paiement d'une indemnité dite de reprise. Deux méthodes prévalent à l'occasion du calcul de cette indemnité. Selon la première méthode, cette indemnité correspond à la position du coût des installations non amorti. Elle est égale aux dépenses effectuées par la société de projet pour l'établissement ou l'acquisition des biens, sauf déduction des annuités d'amortissement calculées depuis la date de l'investissement. Avec la deuxième méthode, la valeur de la reprise est la valeur d'utilisation du bien, estimée à dire d'expert, au moment où a lieu la reprise, c'est-à-dire au moment du rachat ou de tout autre événement mettant fin au contrat par anticipation.

ce sont les terrains, ouvrages et installations nécessaires à l'exploitation et à l'exécution de l'autoroute ainsi que les installations annexes c'est-à-dire stations services, restaurants, hôtels, motels etc.

⁷³⁷ Alain LECRINAIN, le financement privé de grands réseaux européens de transport problèmes de mise à disposition des terrains en Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1993. Colloque de Paris des 26 et 27 mars 1990, organisé par FEDUCI, IEC 1995 p 214 ; Jean – Pierre BOIVIN, Bilan et perspectives de quelques règles du droit public français au regard des financements privés d'ouvrages publics, in Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1991 Colloque de Paris des 26 et 27 mars 1990 organisé par FEDUCI, IEC, 1991 pp 254 et 255.

⁷³⁸ André COUDEVILLE, op cit. 1983 p. 152.

2- Les caractéristiques du transfert de la propriété

542. Le transfert de propriété est considéré comme l'objectif principal et final de tout projet CET. La particularité de l'opération dans la formule CET qu'elle s'effectue à titre gratuit (a) et concerne des installations en bon état de fonctionnement (b).

a- La gratuité du transfert de propriété

543. Il est logique de se demander sur quel fondement va s'opérer ce transfert gratuit. En réalité, cette gratuité de transfert à la fin du contrat est la contre-partie du droit d'exploitation du projet pendant la période convenue par les parties⁷³⁹. Au cours de cette période, les dépenses d'acquisition des biens de concession sont amorties par les flux financiers issus du projet. Cette règle fait l'objet d'une disposition dans le contrat CET et est reconnu par les lois organisant la formule de BOT ou CET.⁷⁴⁰ Ces installations sont transférées exemptes de charges. A cet effet, les sûretés (nantissement, hypothèques) sont limitées à la période de la concession et de l'exploitation. Les législations relatives aux contrats CET consacrent elles aussi le principe de la gratuité.⁷⁴¹ Mais il arrive que les parties conviennent que la société de projet bénéficiera de versement d'un montant couvrant son investissement c'est-à-dire le retour sur investissement attendu du projet. Il ne s'agit donc pas d'une simple valeur en capital du bien⁷⁴². Ce versement est une prime qui lui est accordée pour l'encourager à

⁷³⁹ On peut faire un rapprochement avec l'opération de crédit-bail où le crédit preneur s'approprie le bien objet du contrat au terme de la période convenue en levant l'option ; à condition que les redevances qu'il a eu à payer pendant cette période équivaut au le prix d'achat du bien et les bénéfices escomptés par le crédit bailleur.

⁷⁴⁰ On peut citer, à ce propos, l'article 6.1 du contrat en BOT de Sidr Krir qui prévoit que *"on the transfer date, the company shall transfer to E.E.A. (...) free and clear from any lien or encumbrance created by the company and without the payment of any compensation all its right, title and interest and fixtures, spares parts, plants and equipment (...) and all improvements comprising the complex."* L'article 39.2 du contrat de concession du Tunnel sous la Manche consacre aussi ce principe en prévoyant que: "en ce qui concerne les biens et sans préjudice des droits éventuels à indemnité des concessionnaires, d'une part en France l'ensemble des biens immobiliers faisant partie du domaine public fait retour gratuitement à l'Etat. Au Royaume Uni, le bail consenti par le Ministre britannique conformément à l'annexe II expire. D'autre part, l'ensemble des biens et droits immobiliers et des droits de propriété intellectuelle des concessionnaires qui sont nécessaires à la poursuite normale de la construction ou de l'exploitation de la liaison fixe est transféré gratuitement aux Concessionnaires libérés de toute charge, à l'exception toutefois des sûretés constituées conformément à l'article 31.2 » On peut aussi, à volonté, l'article 3 D du contrat de concession de l'Aéroport de Marsa Alam.

⁷⁴¹ C'est le cas dans les lois vietnamiennes, chinoises, philippines la loi sénégalaise du 13 février 2004 est lacunaire dans ce sens.

⁷⁴² Christian BETTINGER, La gestion déléguée des services publics dans le monde. Concession ou BOT., Berger – Levrault, 1997, p 99.

transférer une installation en bon état de fonctionnement.⁷⁴³ Ce versement n'est possible que s'il n'y pas eu de réalisation de plus – values et à condition d'une inspection technique des installations.⁷⁴⁴ Il convient donc que cette période de concession soit flexible. Car elle évite les pertes éventuelles.

En somme, dès lors que la société de projet a récupéré ses capitaux investis et remboursé ses prêteurs, la durée de la concession prend fin.

b- Le transfert des installations en bon état de fonctionnement

544. Il est important que les installations à transférer soient en bon état de fonctionnement. Cette condition est stipulée expressément dans l'Accord de projet.⁷⁴⁵

Le bon fonctionnement des installations est un gage de poursuite de l'exploitation du projet par l'autorité concédante. Elle ne sera pas obligée de faire des dépenses dans ce sens ; ce qui irait à l'encontre de ses intérêts et d'ailleurs contraire aux objectifs du recours à la formule CET. L'autorité concédante l'exige, par stipulation, dans les niveaux de qualité minimum à l'occasion de transport des ouvrages. Les parties fixent alors des niveaux d'entretien, de précisions et de performances en bonne exécution exige de garanties de la part de la société de projet.

B – Les procédures de transfert de propriété du projet à l'autorité concédante

545. Ces procédures doivent être stipulées dans le contrat CET en vertu des difficultés qui se présentent dans la pratique. Ces procédures visent essentiellement l'inventaire des biens le transfert de l'administration et la date de la réception définitive. Mais avant tout, l'autorité concédante doit exprimer son intention ou non de renouveler la concessi

⁷⁴³ Jean-Marc LONCLE, Grands projets d'infrastructures, le Montage Build Operate and Transfer... (BOT) op. cit. 1977, p. 952

⁷⁴⁴ Dans les projets non rentables, il est recommandé d'assurer et d'attirer les promoteurs et prêteurs du projet par ces montants.

⁷⁴⁵ Il en est aussi dans les projets des Aéroports Marsa Alam et de Alauaine et dans le contrat de concession de Tunnel sous la Manche le contrat prévoit que « ces biens tels qu'indiquer à l'article 39.2 doivent être restitués en bon état de fonctionnement et d'entretien. A cet effet les Concédants peuvent exiger la constitution des garanties financières adéquates dans les cinq années précédentes le terme de la concession. »

1- L'expression de l'intention de renouveler ou non la concession

546. A la fin de la période de concession, l'autorité contractante aura plusieurs alternatives entre autres posséder et opérer le projet lui-même. Elle pourrait aussi décider d'accord avec la société de projet de la prorogation de la concession pour une autre période. Si l'autorité a l'intention de renouveler la concession, il sera préférable de confier la concession à la même société de projet dans la mesure où l'autorité concédante évite les difficultés de transfert de la propriété, l'interruption des opérations d'exploitation et de maintenance des installations, les dépenses liées à la conclusion des nouveaux contrats, les difficultés pour convaincre un nouvel exploitant de supporter les risques liés à l'exploitation des installations surtout dans les pays à risques. La communication de l'intention de renouveler ou non la concession doit être faite avant l'expiration de la période de concession dans la mesure où celle-ci conditionne le démarrage des autres procédures du transfert de la propriété. En cas de réponse positive, les parties se réunissent pour mettre au point les conditions de renouvellement de la concession. En cas de réponse négative, elle commence les procédures de transfert de la propriété de l'ouvrage. Les parties doivent alors supporter des charges avant le terme de la concession.

2- L'inventaire des biens

547. Avant le terme du contrat de concession, la société de projet doit fournir à l'autorité contractante une liste comportant les biens à transférer. Cet inventaire évite aux parties des litiges relatifs aux biens à transférer ou non. La société de projet doit établir une liste comportant les bâtiments construits, les passages des avions, les équipements et les machines, les pièces nécessaires au fonctionnement de l'ouvrage pour au moins une année, les procédures d'entretien conformément aux documentations d'entretien pour tous les équipements et machines, la qualité du fonctionnement des machines, des voitures et des constructions, les publications techniques et les brochures d'entretien ou de la préparation comportant les dernières modifications faites par la société de projet.

3- Le transfert de l'administration des installations

548. Avant la réception de l'ouvrage ou des installations l'autorité concédante collabore avec la société de projet dans la gestion de ces installations. Cette collaboration facilite le

transfert de la propriété et l'adaptation des agents de l'autorité concédante aux modalités et méthodes de l'administration. Pendant cette période, les agents de l'autorité concédante n'assument aucune responsabilité, et ne bénéficient aucune autorité relativement à l'administration ou le fonctionnement. La société de projet demeure propriétaire.

3- Le moment du transfert de propriété

549. La date de transfert de propriété est déterminée de commun accord par les parties. L'opération de transfert de la propriété doit être effectuée pendant les derniers jours précédant la date d'expiration de la période de concession. C'est à ce moment que l'autorité concédante devient responsable du fonctionnement de l'ouvrage. L'échéance du terme de la concession oblige la société de projet à se débarrasser immédiatement de tous les bâtiments du projet. Elle doit mettre à la disposition de l'autorité concédante les documents des employeurs et des administrateurs du fonctionnement de l'ouvrage, les documents relatifs aux opérations de la comptabilité du projet indiquant le budget (les pertes et les gains et les contrats de sous-traitance et les contrats principaux d'entretien des services et des fournitures). Pendant 90 jours suivant la réception des installations l'autorité concédante émet un certificat d'acceptation. Ce certificat décharge la société concessionnaire de toutes les obligations et garanties. Bien après exécution parfaite de toutes les contractuelles d'application de l'Accord de projet.

CHAPITRE II – LES CONTRATS D’EXECUTION DE L’ACCORD DE PROJET

550. Dès lors que le projet est attribué à la société de projet et l’Accord de projet conclu, la société de projet a alors l’obligation d’exécuter les engagements souscrits. En général, la société de projet confie à un constructeur ou un consortium de constructeurs la construction du projet. A la fin de cette étape, elle s’assure des conditions de l’exploitation. A cet effet, elle utilise les mécanismes contractuels, parfois, découlant de la pratique contractuelle du droit anglo-saxon.

Nous envisageons successivement les instruments contractuels utilisés pour la construction (section I) et l’exploitation (section II).

Section I – L’instrument contractuel pour la construction : le contrat clé en main

551. Le contrat « clé en main »⁷⁴⁶ constitue le mécanisme juridique utilisé pour la construction du projet. Toutefois, si le contrat « clé en main » utilisé dans les projets CET est analogue au contrat clé en main classique, il convient de constater qu’il présente des particularités (Paragraphe I) et son exécution est dominée par la nécessité de prendre en compte, non seulement les exigences des parties du contrat mais aussi, les exigences des autres intervenants et la mise en place de garanties assurant l’exécution des obligations des parties. (Paragraphe II).

Paragraphe I – Les particularités du contrat de construction clé en main relatives au changement des rôles

552. Dans le projet CET, le contrat de construction est conclu par deux parties principales. A la vérité, il n’y a rien d’original à cela. Seulement, le contexte contractuel ici change en vertu du changement de rôle des parties. En effet, le rôle des parties subit des mutations en

⁷⁴⁶ Le contrat est celui auquel fait références le Guide sur le financement privé des projets d’infrastructures. Voir UNIDO BOT Guidelines op. cit. 1996 p. 246 et Peter A. GORDUKES, Submission and evaluation of proposals for private projects in developing countries, World Bank Discussion Papers, 250, 1994 p – 33.

La Fédération Internationale des Ingénieurs Conseil (FIDIC) a publié en 1999 la première édition pour les conditions des projets clé en main (Conditions of contract for EPC, Engineer, Procurement, construct contract Turkey Project 1999).

Ces conditions sont connues sous le nom de Silver Book – Ces conditions constituent une source principale pour le contrat de construction dans le cadre du projet CET.

vue de mieux s'adapter à la structure contractuelle complexe du projet et aux exigences des autres intervenants dans l'exécution du projet.

Sous paragraphe I : Le changement de rôles des parties

553. Les projets CET nécessitent d'importants moyens financiers. Par ailleurs, les parties attachent une grande attention aux revenus du projet et le partage des risques. Ces raisons ont conduit à un changement de rôle des parties, au contraire des contrats clés en mains traditionnels.

A – Le changement du rôle du maître de l'ouvrage

554. Dans les projets publics, le maître de l'ouvrage est l'Etat. Dans les projets CET, le maître de l'ouvrage n'est plus l'Etat ou l'une de ses émanations publiques. Le maître de l'ouvrage est la société de projet. Ce changement dans la personnalité du maître de l'ouvrage est accompagné d'un changement de son rôle. Dans l'optique de bien cerner ce changement, nous envisageons successivement la définition du maître de l'ouvrage (1), les raisons de ce changement (2) et ses conséquences (3).

1°) Le maître de l'ouvrage dans le projet CET

555. Le maître de l'ouvrage est la personne pour le compte de laquelle les travaux de construction sont effectués et qui, directement ou indirectement, assure la conduite de l'opération d'investissement.⁷⁴⁷

556. Avant 1970, au début de l'utilisation de la technique CET, le maître de l'ouvrage était encore l'Etat ou l'une de ses émanations. Le maître de l'ouvrage, à cette époque, était tout puissant en face des entreprises qui sont prêtes à tout sacrifice pour gagner le marché⁷⁴⁸. L'Etat avait des prérogatives totales à l'égard des entrepreneurs. Il revient de préparer les

⁷⁴⁷ Roger Philippe BUDIN, Guide pratique de l'exécution des contrats internationaux : contrôle juridique permanent, prévention et traitement des litiges, aspects contractuels, Conditions FIDIC, règles de la Banque Mondiale. Staempli SA Berne, Litec Paris, Bruylant S.A. Bruxelles 1998, pp. 75 et 5. ; Yves AMSLER, Rôle de l'ingénieur et maîtrise d'œuvre dans le cadre de la concession in l'expérience française du financement privé des équipements publics Economie, 1993 p 158

⁷⁴⁸ Bruno de CAZALET, le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build – operate – Transfer) RDAI. N° 4/5. 1998 p 406.

plans d'exécuter les travaux préparatoires. Les banques n'ont qu'un rôle subsidiaire : de garantie. Mais l'année 1970 va marquer le passage de l'Etat puissance publique à celui d'opérateur du commerce international.⁷⁴⁹ Dans les projets CET, la société de projet a en charge le design, l'exploitation et la maintenance des installations ; mais avant tout sa construction.⁷⁵⁰ Il est à noter que l'Etat a du mal à renoncer à son ancien rôle de maître de l'ouvrage. C'est pourquoi il n'est pas complètement écarté. Il ne peut d'ailleurs être autrement. Il est d'une manière ou d'autre impliqué dans le projet. Aux termes du contrat de concession CET, il exerce un droit de contrôle, de vérification et d'approbation des travaux.⁷⁵¹

557. Dans les projets d'énergie, par exemple, l'autorité concédante joue un rôle primordial. Elle est acheteuse ou utilisatrice unique⁷⁵² et responsable de la fourniture à long terme du combustible ou des matières premières. La société de projet demeure le seul et unique maître de l'ouvrage. Même si elle doit prendre en considération les exigences de l'autorité publique concédante. On peut donc affirmer que dans les projets CET, le maître de l'ouvrage public fait place au maître de l'ouvrage privé.

2- Les raisons du changement de rôle

558. Le changement de rôle du maître de l'ouvrage ne se produit pas de façon arbitraire. Ce changement est la résultante d'un faisceau de raisons. Ces raisons sont relatives aux contraintes de l'Etat et à des réalités. Lorsque l'Etat fait appel à un maître de l'ouvrage privé pour l'exécution de tels projets, il a pour objectif d'acquérir une technologie disponible et disposé par le privé. Il a par ailleurs, le souci de ne pas alourdir son budget par l'endettement extérieur. Ce changement résulte donc des impérieuses contraintes budgétaires qui limitent les

⁷⁴⁹ Gilles CISTAC, Le renouvellement du rôle de l'Etat contractant dans le commerce international. Elements pour une théorie générale, DPCI, N° 2, 1996 p 179.

⁷⁵⁰ Mohd. Tajjuddin GHAZALI, Malaysia's experience in the Build Operate and Transfer (BOT) method of project development in The BOT concept and experiences in developing countries : UNIDO BOT Programs. Papers.

⁷⁵¹ « Les concessionnaires permettent l'accès de toutes les parties de la liaison fixe aux personnes spécialement habilitées par la commission intergouvernementale ou par le comité de sécurité sous le contrôle de celle-ci dans l'exercice de leurs fonctions d'inspection et de contrôle de la construction et de l'exploitation de la Liaison Fixe. Ils fournissent à ces personnes toutes les facilités nécessaires » Article 82. du contrat du Tunnel sous la Manche.

⁷⁵² Dans le cadre du projet de Centrale Thermique d'Azito (Côte d'Ivoire), le gouvernement ivoirien est l'acheteur de l'énergie électrique et fournisseur de combustible grâce à un contrat d'achat d'énergie et un contrat de fourniture de combustibles Etienne NGUESSAN, Le contrat d'affermage et la restructuration de l'industrie électrique du Côte d'Ivoire : quel retour d'expérience, in Investissements et nouveaux aspects contractuels dans les industries électriques africaines. Banque Africaine de Développement, Canada. 1998 p 183 – 138.

capacités du secteur public. Ces contraintes sont traduites par la vague de privatisation notée en Afrique, en Asie et en Amérique Latine.⁷⁵³

Après tout, l'Etat demeure le régulateur, le stabilisateur à travers sa politique économique et sectorielle.⁷⁵⁴

3- Les conséquences du changement

559. Auparavant, la présence de l'autorité publique imposait que la formation du contrat soit précédée d'un appel d'offres international. Dans le projet CET, le mécanisme de l'appel d'offres ne s'applique pas à l'attribution du contrat de construction. Cela résulte d'un certain nombre de considérations. Le constructeur, en général, ne participe pas dans le capital de la société de projet qu'après qu'il a obtenu le droit à la réalisation totale ou partielle des travaux de construction.

560. En réalité, en sa qualité de promoteur de projet, il a déjà été choisi par le recours au mécanisme de l'appel d'offres. Cependant, si le constructeur ne fait pas partie des promoteurs du projet, la formation du contrat doit être précédée d'une procédure du type appel d'offres où les organismes financiers internationaux imposent le recours à l'appel d'offres comme condition de leur intervention dans le financement du projet.⁷⁵⁵ C'est pourquoi, l'autorité concédante se réserve dans le contrat de construction, des droits exorbitants tels que le droit de stopper unilatéralement les travaux, de les gouverner, de prendre possession par anticipation d'une partie des ouvrages, etc.

561. Dans les projets CET, les parties disposent d'une liberté de stipuler dans le contrat les clauses qui ménagent leur intérêt commun. Elles peuvent, à cet effet, recourir aux modèles de contrats préétablis ou de négocier leur contrat article par article en s'appuyant sur l'aide de conseillers juridiques. Elles sont, dans la première hypothèse, tenu à prendre en considération les exigences et caractéristique de chaque projet. Il doit en être ainsi dans la mesure où chaque projet CET a sa spécificité dans son montage, son secteur et le pays d'accueil. Les conditions du Silver Book corroborent notre propos. En effet, le Silver Book ne prend pas en compte le rôle que jouent les banques prêteuses. Il ne contient pas, à notre connaissance, la clause permettant aux banques prêteuses de conclure un contrat direct⁷⁵⁶ avec les constructeurs en

⁷⁵³ C'est d'ailleurs ce fait qui a conduit la FIDIC à publier les conditions du Silver Book

⁷⁵⁴ Gilles CISTAC op. cit. DPCI. N° 2, 1996, p 176.

⁷⁵⁵ Roger Philippe BUDIN, op. cit. 1998. pp 41 et 5.

⁷⁵⁶ John SCRIVEN, A banking perspective on construction risk in BOT Scheme ICLR part 3. 1994 p 328.



obligeant ceux-ci en cas de défaillance de la société concessionnaire, à leur verser directement tout montant dû au titre du contrat de construction. Le Silver Book met en place un mécanisme de cession de créances aux banques et institutions financières. « *Neither party shall assign the whole or any part of the contract or as security in favour of a bank or financial institution assign its right to any moneys due or to become due, under the contract* ». ⁷⁵⁷ Enfin, en tant que maître de l'ouvrage dans les contrats classiques, l'autorité concédante tenait à soumettre tout litige découlant du contrat à sa juridiction. Dans les contrats CET, les parties ont l'habitude de recourir à l'arbitrage international. ⁷⁵⁸

B – Le changement du rôle de l'entrepreneur

562. En réalité, l'entrepreneur n'a d'autre intérêt que de construire, d'être payé et de partir dès l'achèvement des installations. Cette conception est devenue traditionnelle. Dans les marchés où il est fait appel au privé comme les projets CET, cette démarche semble sans ambition. Le rôle de l'entrepreneur a évolué avec les nouvelles données.

563. Pour bien comprendre le changement du rôle de l'entrepreneur, on estime convenable d'envisager les différentes modalités par lesquelles la société de projet a recours pour faire exécuter les travaux et les risques de conflit d'intérêt que ces modalités peuvent entraîner.

1- Les modalités d'exécution des travaux

Si l'on fait abstraction de la forme ⁷⁵⁹ que le constructeur peut adopter, la société de projet peut recourir à plusieurs modalités. Chaque modalité comporte ses avantages et inconvénients.

En premier lieu, il y a l'entrepreneur – mandataire. Selon cette modalité, la société de projet passe un contrat de construction avec l'un de ses membres aux termes duquel l'entrepreneur

⁷⁵⁷ L'article 1.7 b des Conditions du Silver Book

⁷⁵⁸ Les Conditions du Silver Book stipule qu'en l'absence d'un règlement amiable d'un litige, celui-ci sera soumis aux règles d'arbitrage de la chambre de commerce internationale: « *unless settled amicably, any dispute in respect of which the DAB'S decision (if any) has not become final and building shall be finally settled by international Arbitration. Unless other wise agreed by BOT parties a) the dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chambre of Commerce* » (article 20.6 des conditions du Silver Book)

⁷⁵⁹ Le constructeur peut être une société ou un groupement ou consortium d'entreprises. Tout dépend des exigences de la loi du pays d'accueil. En droit sénégalais, l'article 71.1 de la loi N° 13 – 2004 sur le CET exige que « l'opérateur de projet doit se constituer après signature du contrat CET, sous forme d'une société de droit sénégalais.

s'engage à faire construire les installations pour le compte de la société de projet. Dans ce cas, l'entrepreneur prend le même statut qu'un entrepreneur ordinaire.

En second lieu, il y a l'entrepreneur – promoteur. C'est par cette modalité que l'originalité du rôle de l'entrepreneur se révèle. Le constructeur avec lequel la société de projet passe le contrat de construction est l'un des fondateurs de la société de projet. Il cumule alors une double qualité d'entrepreneur indépendant et de promoteur de la société de projet. Selon cette modalité, les pouvoirs de l'entrepreneur sont étendus et sa responsabilité se trouve ainsi aggravée. Relativement à ses pouvoirs, il bénéficie d'une série de prérogatives résultant de sa double qualité. En sa qualité de promoteur, il participe aux négociations entamées avec la puissance publique, future contractant. Par conséquent, il joue un rôle actif dans la détermination des objectifs du projet ; il évite ainsi la concurrence des autres entreprises, car la conclusion du contrat de construction n'est pas précédée d'un appel d'offres. En sa qualité de constructeur, à l'occasion de l'exécution des travaux, il ne se comporte pas seulement comme un partenaire mais comme un partenaire ayant le droit d'intervenir dans la gestion du projet. Il se doit confier une grande liberté dans la réalisation du projet. C'est dans ce cas que le rôle de la société de projet – maître de l'ouvrage sera largement réduit. Logiquement, dans cette hypothèse, sa responsabilité sera plus grande, en raison de ce que le contrat est un contrat clé en mains.⁷⁶⁰ Lorsque l'entrepreneur est associé de la société de projet, il y va de l'intérêt de tous. Pour l'entrepreneur, il bénéficie des plus-values que la société de projet peut réaliser lorsque le projet réussit. Pour la société de projet, c'est l'assurance de l'édification d'un ouvrage conforme aux exigences du contrat. Pour les banques prêteuses, le constructeur partenaire tiendra à acheter les travaux dans les limites des délais et du budget du projet. Les banques ne subiront pas les conséquences financières des risques du dépassement du délai et du coût. Mais cela n'élimine pas tous les risques notamment les risques de conflit d'intérêts.

2- Les risques de conflit d'intérêts

564. Les risques dont il s'agit dépendent de la modalité choisie ; selon qu'il s'agisse d'entrepreneur-mandataire ou d'entrepreneur-promoteur.

⁷⁶⁰ André BRABANT, les marchés publics et privés dans la CEE et outre mer, Bruylant Bruxelles, T1 1992 p 25., Mahmond SALEM et Marie Angèle SANSON-HERMITTE, Les contrats « clé en mains » et les contrats « produits en main », Technologie et vente de développement – Librairies techniques. Paris 1979 p 47. D'après l'article 411 des conditions du Silver Book, la globalité de la responsabilité de l'entrepreneur est confirmée.

a) Les risques de conflit d'intérêt dans le cas entrepreneur-mandataire

565. A priori, il n'y a pas de conflit d'intérêts entre l'entrepreneur et la société de projet-maître de l'ouvrage. Tout simplement, parce que l'entrepreneur est un mandataire. Toutefois, il se peut que le gain l'entrepreneur puisse réaliser en tant que mandataire soit plus élevé que celui récupéré en tant que partenaire. Dans cette hypothèse, le risque de conflit se révèle. L'entrepreneur aura tendance à faire prévaloir ses droits plus comme constructeur que comme partenaire. Le risque de conflit est donc inversement proportionnel au gain que l'entrepreneur se procure en tant qu'entrepreneur ou constructeur. Le constructeur ne cherche pas à réaliser des gains à long terme mais à court terme. Il se comporte plus comme constructeur professionnel que comme investisseur. C'est pourquoi « *the construction contractor will inevitably seek to obtain the most advantageous construction contract and, in relation to this contract, will not see itself as promoting the interest of the concession company of which it is a share holder* ». En d'autres termes, il cherchera à obtenir des avantages en sa qualité de constructeur plutôt qu'actionnaire. Dans l'hypothèse où l'entrepreneur est promoteur, le risque de conflit d'intérêt est inversement proportionnel à la dimension de la participation de l'entrepreneur au capital de la société de projet. Si sa participation est élevée, il ne sera intéressé non seulement à la construction des installations ni à l'exploitation. En revanche, une participation faible au capital de la société de projet, incite l'entrepreneur à faire prévaloir ses intérêts en tant que constructeur plutôt qu'un simple investisseur. Comme M. GLAVINIS le souligne, la conciliation des intérêts conflictuels de l'entrepreneur est suffisamment liée au projet. C'est pourquoi, la société de projet veille à ce que l'entrepreneur-promoteurs ne soit pas majoritaire aussi bien à sa constitution que tout au long de la période de la concession.

566. Dans le projet du Tunnel sous la Manche, le problème a été posé. Les entreprises responsables de la construction du projet : réunies au sein du groupement d'entreprises Trans-Manche Link (TML) étaient les promoteurs d'origine du projet et membres fondateurs de deux sociétés concessionnaires France Manche et The Channel Tunnel. Elles sont devenues des filiales à 100% respectivement d'Eurotunnel S.A. et d'Eurotunnel PLC.

Après avoir ouvert son capital au public ces entreprises sont devenues minoritaires d'Eurotunnel. Cet état de chose a entraîné un énorme risque de conflit d'intérêt entre les constructeurs partenaires et l'Eurotunnel maître de l'ouvrage.⁷⁶¹

⁷⁶¹ Voir Jérôme SPITCK, Le tunnel sous la Manche, Que sais-je ? 1992 p.17. ; J. D. APPIAH, *infrastructures projects BOT projects developed structing*, IBL – 1991, pp 206 et 5.

Sous paragraphe II : Les particularités du contrat de construction clé en mains relatives aux exigences de l'Etat d'accueil et des banques prêteuses

567. En règle générale, les contrats traduisent les exigences des parties. Le contrat de construction n'échappe pas à cette règle. Qui plus est, outre les exigences de l'entrepreneur et de la société de projet maître de l'ouvrage, le contrat de construction doit tenir compte des exigences des banquiers prêteurs et de l'Etat d'accueil. Le contrat de construction, dans le contexte de projet CET n'est pas un contrat ordinaire. Il permet aussi bien de réaliser une mission matérielle (la construction des installations) mais aussi comme un moyen de répartition des risques et de gestion.

Il est alors nécessaire d'appréhender toutes les exigences de l'Etat d'accueil (A) et les banques (A).

A- Les exigences de l'Etat d'accueil

568. Les exigences de l'Etat d'accueil sont fonction de ses objectifs. Ces objectifs sont relatifs au transfert de technologie (1) à l'Etat en tant que propriétaire final de l'ouvrage (2) et d'acheteur unique des produits du projet (3).

1- Les exigences liées au transfert de technologie

569. Absolument, la technique CET est un moyen de transfert de technologie. L'Etat tient alors à la participation des entreprises locales aux travaux de construction. C'est dans cette perspective que certaines législations nationales exigent d'avoir un minimum de participations actionnaires de l'Etat.⁷⁶² Certaines autres législations nationales exigent la création de filiale détenue en totalité par l'entreprise étrangère. C'est le cas de la Chine⁷⁶³ et de l'Egypte. Pour l'Etat ou la société de projet, la participation d'entreprises locales dans les travaux ne pose pas de difficultés. Les travaux de génie civil sont presque toujours attribués par lot à ces

⁷⁶² Le Pérou exige 25% dans le domaine minier, au Venezuela, l'Etat exige que 80% du capital des entreprises concessionnaires soient au nom de nationaux – V. Victor BENTATA, Les pratiques abusives relatives aux contrats d'Etat ; in Contrats internationaux et pays en développement, sous la direction de Hervé CASSAN, Economica 1989 p 255.

⁷⁶³ Tao JINGZHOU, Les spécificités des investissements étrangers en République Populaire de Chine, in Contrats internationaux et pays en développement op. cit 1989 p 217.

entreprises.⁷⁶⁴ Pour que l'Etat puisse atteindre cet objectif, un certain nombre d'arrangements s'impose. Il est important d'harmoniser les contrats de concession et de construction. Les dispositions du contrat de concession ou Accord de projet par lesquelles l'Etat vise à acquérir la technologie doivent être transférés au contrat de construction. Ensuite, l'Etat doit activement et effectivement participer à la négociation de la conclusion de ce dernier, à côté de la société concessionnaire. Enfin, l'Etat a intérêt à imposer à la société de projet de recourir aux techniques contractuelles d'acquisition de brevets et de savoir – faire intégrés aux installations.⁷⁶⁵

2- Les exigences relatives au statut de propriétaire final du projet

570. Du fait qu'à la fin de la période de concession, le projet sera transféré gratuitement à la puissance publique, cette dernière veille à ce que les services et les produits du projet répondent aux besoins locaux. A cet effet, le contrat de concession ou l'Accord de projet doit remplir certaines caractéristiques. L'Etat tient à stipuler dans les clauses son droit de contrôle, d'inspection.⁷⁶⁶ Ce droit de contrôle étatique doit être prévu dans le contrat de concession. Il est, également, exercé par les agents ou ingénieurs de l'administration. Outre la source conventionnelle de ce droit, le droit de contrôle peut être fondé sur des textes législatifs ou sur les dispositions du cahier des charges.⁷⁶⁷ Pour faciliter l'exercice de ce droit, le contrat de concession oblige la société de projet à fournir à l'Etat toutes les facilités nécessaires. Par exemple, l'article 28.1 du contrat de concession d'Eurotunnel, prévoit que « les concessionnaires permettent l'accès de toutes les parties de la liaison. Fixe aux personnes spécialement habituées par la commission intergouvernementale ou par le comité de sécurité sous le contrôle de construction et de l'exploitation de la liaison fixe ; ils fournissent à ces personnes toutes les facilités nécessaires. » Le droit de contrôle est réalisé par des actes

⁷⁶⁴ Yves AMSLER, op. cit. 1993. p 165

⁷⁶⁵ Jean – Albert BOON et René GOFFIN, Les contrats « clé en main » 2^{ème} édition Masson 1982 p 69. : Malheureusement, le Silver Book, à notre connaissance, ne contient pas de dispositions favorisant la participation des entreprises locales aux travaux de construction.

⁷⁶⁶ Les lois organisent la formule de BOT confient ce droit d'inspecter et de contrôle des installations à l'autorité concédante. Par exemple l'article 2 de la circulaire chinoise du 21 août 1995 relatif aux questions de l'examen, à l'approbation et à la gestion de l'expérience des projets de BOT à capitales étrangères, prévoit que l'autorité concernée aura le droit de superviser, d'inspecter et de faire des audits. Au cas où la société de projet aurait enfreint ces règles, l'autorité concernée pourra exiger une mise en conformité et prendre des sanctions conformément à la loi. Voir pour complément exhaustif sur cette circulaire Christian BETTINGER, La gestion déléguée des services publics dans le monde, concession ou BOT op. cit. 1998 p 282.

⁷⁶⁷ En France, on peut citer les lois du 11 juin 1842 et du 165 juillet 1845, ainsi que les règlements qui en découlent relatif à la police des chemins de fer et l'article L 131 – 2 du code des Communes, cité par De LAUBADERE op. cit. T2 1984 p 380

matériels (visites, demandes de renseignement, vérification etc.) et parfois des décisions juridiques (injonctions, mise en demeure, etc.)⁷⁶⁸ Mais, essentiellement, le contrôle est d'ordre technique et financier. Dans le contrôle technique, l'autorité concédante surveille la conformité des travaux réalisés par la société de projet avec les projets, les règlements et les spécifications du projet, la durée des contrats, la nécessité d'entretenir les installations en bon état, le respect des lois concernant l'emploi, l'environnement, l'impôt etc. Ce contrôle est encore plus efficace si l'autorité publique participe dans le capital de la société de projet. La société de projet doit responsabilité. A défaut et du fait que les projets CET s'inscrivent dans le plan de développement du pays d'accueil l'Etat supportera des conséquences graves sur le plan économique, politique et financier. En tout état ce cause, le droit de contrôle ne doit pas empêcher la société de projet de gérer librement le service faisant l'objet du contrat de concession.

3- Les exigences de l'Etat tenant en sa qualité d'acheteur unique des produits

571. Dans les projets CET surtout ceux en matière de production d'énergie, l'Etat s'engage aux termes du contrat « *take or pay* », à acheter des quantités précises de la production du projet. Les produits doivent être livrés en quantité et en qualité. A cet effet, l'Etat veille à ce que le contrat de construction ne se contente pas seulement de traduire les exigences contenues dans le contrat de concession, mais aussi celles exprimées dans le contrat « *take or pay* ». Les exigences de l'Etat contenues dans l'Accord de projet doivent être absolument introduites dans le contrat de construction.

B- Les exigences de banques prêteuses

572. A l'instar de l'Etat les prêteuses ont intérêt à sauvegarder leurs intérêts dans le contrat de construction. Il en est ainsi parce que les installations mal faites ne donneront pas la rentabilité escomptée. Les objectifs des prêteurs ne sont pas assimilables à celles de l'Etat car l'Etat veut avoir des installations répondant aux besoins de développement des installations capables de générer des produits et services suffisants pour rembourser leurs créances. Les exigences des prêteurs apparaissent à travers le choix du constructeur (1) la méthode de sa rémunération (2) et l'exécution des travaux (3).

⁷⁶⁸ De LAUBADERE, op. cit. T2 1984 p. 383.

1 – Les exigences liées aux choix du constructeur

573. Les prêteurs ont le droit d'approuver le constructeur qu'il soit actionnaire de la société de projet ou non. Le constructeur doit être financièrement et techniquement apte. Sur le plan technique, il doit avoir la capacité de répondre aux exigences techniques en vue de faire face la complexité du projet. Il doit donc être expérimenté dans la réalisation de pareils projets⁷⁶⁹, avoir la technologie nécessaire à l'exécution du projet et avoir l'habitude de recourir à de sous-traitants de même niveau technique. Sur le plan financier, il doit être doté de capacité financière pour faire face aux besoins financiers de la réalisation du projet. A cet effet, le constructeur doit mettre en place les garanties de rétention et d'achèvement⁷⁷⁰ de l'ouvrage fondamentales pour les prêteurs.

2 – Les exigences liées à la méthode de rémunération du constructeur

574. La méthode de rémunération constitue un aspect important au regard des prêteurs. Ils exigent, en pratique, dans le contrat de prêt la conclusion d'un contrat clé en main à prix forfaitaire⁷⁷¹. Cette méthode de prix ne s'applique pas seulement au contrat de constructeur mais aussi à la majorité des contrats du projet. La méthode forfaitaire permet d'éviter le risque de dépassement du coût pouvant mettre en cause le remboursement des prêteurs. Dans cette hypothèse, les prêteurs seront obligés de financer le surcoût.

575. A côté des garanties de performance et des pénalités, il est possible qu'une partie de la rémunération du constructeur soit versée dans un compte de réserve. La provision de ce compte peut permettre de poursuivre de l'exécution de travaux pendant la procédure éventuelle d'un nouveau constructeur. Ce droit leur permet ainsi de contrôler le respect des délais et des coûts de construction initialement prévus. Dans ce sens, les conditions du Silver book répondent aux soucis des prêteurs. Elles ont consacré la possibilité pour les prêteurs de s'inscrire dans les relations contractuelles entre la société de projet et le constructeur. Contrairement aux livres Rouge et Oranges des FIDIC, le silver Book document aux prêteurs la possibilité de se faire octroyer des droits de contrôle et de surveillance pendant le déroulement des travaux de construction et des droits d'assister aux essais de fonctionnement

⁷⁶⁹ Ole STEEN-OLSEN. The build-operate-transfer (BOT) concept: an overview in the BOT concept and experiences in developing countries, UNODO BOT programme. sans année. p.1.

⁷⁷⁰ Jean-Marc LONCLE. op. cit. RDALn°8, 1997, p.958.

⁷⁷¹ KEELEY Patrick J. Project financing for international independent power facilities: management of risks, Journal of energy & Resource law, 1996, vol. 14 p.449.

des installations pendant la réception. Il faut, cependant constater que ces conditions ne permettent pas aux banques prêteuses de conclure un contrat direct avec le constructeur, selon les vœux de M. Scriven. Pour l'auteur, les accords directs sont une partie importante du module de la sécurité des prêteurs. Les accords directs sont devenus un dispositif standard des conditions des banques dans le financement des projets CET. Aux termes de ces accords, les prêteurs peuvent suspendre le droit du constructeur de terminer le contrat de construction, pendant une certaine période, en cas de non-paiement par la société de projet des sommes dues aux termes du contrat de construction ou en cas de force majeure.

576. Les prêteurs, selon M. Scriven, peuvent à tout moment renoncer à ce rôle, et seront seulement responsable des engagements encourus par la société de projet jusqu'à la date où elles décideront de se retirer du contrat de construction. Pendant ce temps, les prêteurs auront le temps d'organiser un remplacement permanent de la société de projet. Alors si le contrat de concession donne également aux prêteurs le droit de se substituer à la société de projet, nous suggérons l'harmonisation du droit des banques prêteuses concernant leur intervention aux termes de l'accord direct avec le droit de substitution aux termes du contrat de concession.

Paragraphe II : L'exécution du contrat de construction.

577. Dans le contrat de construction un certain nombre d'obligations naît à la charge des parties. Ces obligations volonté des parties au contrat de concession ou accord de projet. Ces obligations pèsent sur le maître de l'ouvrage (Paragraphe I) l'entrepreneur. (Paragraphe II).

Sous paragraphe I : Les obligations de la société de projet maître de l'ouvrage

578. Le contrat de construction crée à la charge de la société de projet une obligation principale (A) venant au support de celles de l'entrepreneur ainsi que des obligations accessoires (B).

A – L'obligation principale du maître de l'ouvrage : le paiement du prix

579. La principale obligation est le paiement du prix. Mais compte tenu des risques de dépassement de coût, la société de projet et les prêteurs déterminent le prix du contrat de

construction clé en main forfaitairement, unitairement ou bien par recours au mécanisme le « *Cost-fee* ».

1) Le prix forfaitaire

580. L'option du prix forfaitaire est avantageuse pour les prêteurs et la société de projet dans la mesure où il place la responsabilité sur l'entrepreneur dans le respect du coût des travaux ainsi que les risques afférant et éventuellement les événements imprévus⁷⁷². Le prix forfaitaire est celui qui est déterminé dès la conclusion du contrat et qui couvre l'ensemble des prestations faisant l'objet du contrat. Ce mode de paiement est adopté par les conditions de l'Orange⁷⁷³ Book, ces conditions du Silver Book. Le prix, selon l'article 14.1, « *shall be made on the basis of the lump sum contract price...* » Le caractère forfaitaire du prix n'est pas un obstacle à une révision à l'égard des parties. Le prix peut être ajusté en cas de changement dans les lois en vigueur du pays d'accueil ou de promulgation de nouvelles lois entraînant les charges financières supplémentaires pour l'entrepreneur⁷⁷⁴. Dans cette hypothèse l'entrepreneur doit informer la société de projet au plus tard 28 jours à partir de la date où ce dernier a eu connaissance du changement de la loi ou de la promulgation de nouvelles lois en demandant une prorogation de délai de l'exécution des travaux et le paiement des charges financières qu'ils a subies (article 137, 8.4 et 20.1 des conditions Silver Book). L'entrepreneur ne peut pas par contre obtenir la compensation des coûts supplémentaires qu'entraîneraient un design défectueux ou insuffisant, et une mauvaise évaluation du prix au départ⁷⁷⁵. La deuxième règle intervient après une vérification opérée pour le conseiller technique du syndicat bancaire que le montant à payer est conforme au contrat de construction. La troisième règle est de prévoir un mécanisme de certification des travaux avant tout paiement. Enfin, selon les conditions de la Silver Book, la société de projet doit fournir des justificatifs raisonnables pouvant assurer la mise en place de la structure doit être notifiée à l'entrepreneur. L'article 2.4 prévoit notamment que « *the employer Shall submit,*

⁷⁷² UNIDIT BOT Guidelines. op. cit. 1996, p.246

⁷⁷³ Les conditions de l'Orange Book prévoient la possibilité de montants provisionnels (clause 14.5) qui pourraient être dépensées sous contrôle et avec l'autorisation préalable du représentant du maître de l'ouvrage. Voir à ce propos, Bruno CAZALET et Rupert REECE, Conditions applicables aux contrats de conception, construction et clés en mains, RDAI n°3, pp279 et s.

⁷⁷⁴ "The contract price shall be adjusted to account of any increase or decrease in cost resulting from a change in laws of the country..." (article 13.7 Conditions du Silver Book)

⁷⁷⁵ Patrick BLANCHARD, op. cit. 1994, p.160. Les Conditions particulière du Silver Book abondent dans le même sens : « ...normally, this risk of changes in cost arising from his design" (sans article 14.1)

within 28 days after receiving any request from the contractor reasonable evidence that financial arrangements have been made and are being maintained which will enable the employer to pay the contractor price (as estimated at that time) in accordance with clause 14. if the employer intend to make any material change to his financial arrangements, the employer shall give to the contractor with detailed particulars". A défaut, l'entrepreneur sera en droit de résilier le contrat : l'article 16.2 prévoit dans ce sens, que *"the contractor shall be entitled to terminate the contract if a- the contractor does not receive the reasonable sub-clause 16.1 (contractor s'entellement to suspend work) in respect of a failure to comply with sub-clause 2.4"*. Il est à noter ici que les conditions du Silver Book prennent en compte le fait que la société de projet est une société *ad hoc*; créée spécifiquement pour réaliser le projet et est donc dépourvue d'actifs.

2- Les conséquences du prix forfaitaire

581. La première conséquence est que la société de projet-maître de l'ouvrage est tenue de stabiliser les travaux prévus. Il ne peut donc les modifier. Toute modification des travaux sera une source de déséquilibre des prestations à exécuter et partant du prix forfaitaire initialement convenu. Corrélativement, l'entrepreneur ne peut pas non plus demander un prix supplémentaire⁷⁷⁶. Pour pallier cette situation, l'entrepreneur essaie souvent d'augmenter le prix fixé dans le contrat. Cette augmentation a pour but de couvrir éventuellement les risques résultant du dépassement du prix convenu.

582. Il apparaît donc que l'entrepreneur doit bien définir les paramètres techniques des travaux à exécuter et la société de projet - maître de l'ouvrage de cerner et étudier les spécification à accomplir de cerner et étudier les spécification à accomplir de manière à ce que ces actions, en synergie, puisse écarter toute modification des conditions d'exécution des travaux. Dans le cas contraire, l'entrepreneur aura droit de demander une prorogation des délais d'exécution du projet.

583. En conclusion, il apparaît que le mécanisme du prix forfaitaire limite les pouvoirs de contrôle de l'exécution du projet de la société de projet. Il n'en demeure pas moins que cette

⁷⁷⁶ Ceci en vertu de l'article 1134 du code civil français ou l'article du code sénégalais. Mais l'entrepreneur pourra demander un prix supplémentaire si la loi ou un règlement le permet, ou si la modification résulte de la volonté unilatérale de la société concessionnaire ou société de projet

technique ait été utilisée dans un certain nombre de projet⁷⁷⁷. Une solution à ces conséquences, est de continuer le mécanisme du prix forfaitaire avec d'autres mécanismes.

3- La combinaison du prix forfaitaire avec d'autres mécanismes

584. Les projets CET sont généralement des projets très complexes un défi technologique⁷⁷⁸. A cet effet, plusieurs stratégies contractuelles peuvent être combinées⁷⁷⁹. Le contrat de construction précise de manière minutieuse, les modalités de calcul du prix en trois éléments :

- Le marché de dépenses contrôlées ou *Target work*⁷⁸⁰. Il consiste au paiement des coûts réels plus une commission appliquée au « coût objectif ».
- Un marché de fourniture pour le matériel roulant⁷⁸¹.
- Un marché à forfait pour les bâtiments⁷⁸².

4- Le prix unitaire

585. Dans le contrat de construction à prix unitaire, les prestations sont décomposées en postes et chaque est évalué à un prix unitaire proposé⁷⁸³. Dans ce cas, le contrat de déconstruction est accompagné d'un bordereau (liste). Ce bordereau porte le détail des quantités présumées calculées sur la base des plans préparés par un ingénieur financier. Les prestations sont décrites et le prix unitaire mentionné. Le prix contractuel total est celui qui sera payé à l'entrepreneur. Il est composé des évaluations totales des prix unitaires de chaque poste.

586. Il est rare, en pratique, de recourir au prix unitaire dans les projets routiers.

Dans le contrat de construction à prix unitaire, la société de projet peut ordonner l'exécution des travaux supplémentaires. Ce pouvoir ne doit pas, toutefois, être exercé de façon abusive. Ces travaux ne doivent donc pas bouleverser l'exécution des travaux initialement prévus. Il

⁷⁷⁷ Il s'agit notamment de la centrale énergétique charbon shagio construite par Hopwell Holdings (Hong Kong) et le Sydney Harbour Tunnel. Voir UNIDO BOT Guidelines op. cit 1996 p 247

⁷⁷⁸ Il suffit de se référer au projet du Tunnel sous la Manche.

⁷⁷⁹ C'est le cas dans le projet du Tunnel sous la Manche.

⁷⁸⁰ Dans le projet précité, cette modalité a servi pour le paiement du creusement du Tunnel. La commission, ici, est de 12,3%. Au cas où les frais effectifs sont supérieurs à celui-ci, le constructeur aura droit à un bonus de 50% de l'économie. En revanche, si les frais effectifs sont supérieurs, il ne paie que 30% du surcroît.

⁷⁸¹ Dans le projet du Tunnel sous la Manche, dans ce cas, le prix payé pour Entunnel comprend les frais réels et une commission de 11,5% au profit du constructeur.

⁷⁸² Le projet précité, les bâtiments dont il s'agit sous les terminaux de Calais, les équipements fixes l'infrastructure électromécanique, les voies fixes caulinaires, signalisation et réseaux de communication.

⁷⁸³ Panayotis GLAVINIS op. cit. 1993 p 78

est dans ce cas, recommander un pourcentage de travaux au-delà duquel la société de projet ne pourra aller. Dans le cas contraire, l'entrepreneur pourra réclamer des droits.

5- Le prix *cost + fee*

587. Le contrat de construction *cost + fee* est encore appelé contrat en régie. C'est le contrat par lequel l'entrepreneur est payé sur la base des dépenses réelles auxquelles s'ajoute un pourcentage contractuel « *fee* » destiné à couvrir les frais généraux, les risques et bénéfices de l'entrepreneur⁷⁸⁴. L'avantage de cette technique est d'éviter à l'entrepreneur les conséquences financières d'une mauvaise appréciation des coûts et met corrélativement la société de projet à l'avis du paiement d'un prix supérieur au prix réel. Objectivement et classiquement ce mécanisme concilie les intérêts du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur. Mais dans le financement de projet CET, la technique ne protège pas les intérêts des prêteurs et de la société de projets. Car, ces derniers vont, en définitive, supporter le risque du dépassement des coûts. Mais il est possible de l'assortir d'arrangement afin de minimiser le risque. La clause d'arrangement doit plafonner le coût à un montant forfaitaire maximum au-delà duquel, l'entrepreneur assumera ce dépassement. Ce plafond ne peut être ajusté qu'à la suite de modification des prix ou des travaux et prestations à exécuter. La clause peut assortir le prix *cost-fee* de modalités de révision en fonction des fluctuations du coût des matériaux ou de la main-d'œuvre.

588. Une autre clause peut gratifier l'entrepreneur de bonus calculé sur la base de la différence entre le prix plafonné et le prix final payé par la société de projet. Malgré ses inconvénients, le mécanisme peut être utilisé pour des projets complexes. Le mécanisme peut être une solution pour la société de projet à cause des difficultés liées à l'évaluation du prix des prestations. Par ce mécanisme, un entrepreneur expérimenté et un maître de l'ouvrage vigilant peuvent bien écarter tous les aléas inhérents au système du prix *cost-fee*.

B – Les autres obligations de la société de projet

En tant que maître de l'ouvrage, la société de projet est tenue de mettre à la disposition de l'entrepreneur le site du projet (1), de l'assister (2) et de réceptionner les installations. (3).

⁷⁸⁴ Idem. p 80

1) La mise à disposition du site

590. La société de projet, en tant que maître de l'ouvrage doit mettre le site à la disposition de l'entrepreneur. Elle doit alors prouver que l'autorité publique concédante a exécuté son devoir relatif à l'acquisition des terrains en raison de son statut de société *ad hoc*⁷⁸⁵. Cette mise à disposition du site doit se faire au moment où le contrat de construction prend effet. A défaut, l'entrepreneur peut demander une prorogation de la durée prévue pour l'achèvement des travaux et être indemnisé d'un montant égal aux coûts subis qui sera ajouté au prix du contrat. Naturellement, ce manquement aura un effet sur l'exploitation en retardant la mise en service des installations. Cette obligation de mise à disposition du site est stipulée dans une clause par laquelle l'entrepreneur doit avoir été mis en connaissance du site, de sa nature, de son importance et de sa situation géographique⁷⁸⁶.

2) L'assistance administrative

591. Il appartient à la société de projet de porter assistance à l'entrepreneur dans l'exécution des obligations administratives découlant des lois en vigueur dans le pays d'accueil. Cette obligation découle de ce qu'il est mis à la charge de la société de projet d'obtenir toutes les autorisations administratives car contrairement aux projets traditionnels, les projets CET, dans leur exécution, nécessitent l'obtention de nombreuses autorisations. Parmi ces démarches, il y a l'autorisation de construire (de droit commun), le transfert de devises rapatriables l'importation d'équipements, l'obtention des approbations les permissions et licences requises, le recrutement de la main-d'œuvre locale etc. Généralement, il est stipulé une clause permettant à l'entrepreneur de se substituer à la société de projet⁷⁸⁷.

⁷⁸⁵ Les conditions du Silver Book stipulent cette obligation dans leur article 2-1. « *The employer shall give the contractor right of access and possessions of all parts of the site within the time...* »

⁷⁸⁶ Jean-Marc LONCLE, Grands projets d'infrastructure : le montage Build-Operate-Transfer (BOT) op. cit. 1997. p.958.

⁷⁸⁷ André Brabant, Le contrat international de construction, op. cit. 1981, p. 231.

3) La réception des installations

593. La réception des installations constitue une obligation fondamentale de la société de projet. Cette approbation ouvre droit au paiement, à un déblocage de la garantie de l'entrepreneur. Elle fait également courir les délais de garanties et transfère, en règle générale, les risques⁷⁸⁸. Aux termes de l'article 10.1 des conditions du Silver Book, la société de projet doit réceptionner les travaux s'ils sont conformes aux spécifications du contrat et achevés dans les délais prévus. Cette réception donne lieu à un procès-verbal signé par la société de projet. Il est évident que la réception est précédée et suivie d'un double essai : au premier essai, les parties constatent la bonne exécution des travaux, leur conformité aux plans et spécification contractuels et surtout le commencement de la période de garantie. Le deuxième confirme tout simplement cette bonne exécution et fixent les modalités de réparation des défauts éventuels. Il s'agit, en réalité des essais de performances.

Sous paragraphe II : Les obligations de l'entrepreneur

594. L'entrepreneur souscrit, à titre principal, l'obligation d'exécuter les travaux en référence aux plans et autres documents contractuels. (A) Accessoirement, il devra mettre en place les garanties bancaires adéquates (B).

A – L'exécution conforme des travaux

595. Plusieurs exigences apparaissent dans le cadre de l'exécution des travaux. Ils sont exécutés sur la base du mécanisme de contrat « clé en main ». On en déduit que l'entrepreneur a une obligation de résultat.

1) L'exécution selon le critère « clé en main »

596. Le contrat « clé en main » est le contrat par lequel la société de projet charge l'entrepreneur ou un ensemble de construire des installations et de les livrer en bon état de fonctionnement. L'élaboration du contrat de construction tient compte de deux paramètres : les aspects techniques comprenant les plans et matériels et les aspects financiers comportant

⁷⁸⁸ *Idem.* pp.234 et 235.

les exigences relatives à l'opération de construction (les garanties, les prix des matières premières etc.

597. Selon le concept « clé en main », l'entrepreneur est chargé de faire tout ce qui est nécessaire pour la réalisation du projet. Il assure donc la globalité des missions (conception et exécution) ; globalité des prestations (les procédés, les services, travaux et fournitures) la globalité du prix et la globalité de la responsabilité à l'égard de la société de projet⁷⁸⁹.

Contrairement aux contrats clé en main classiques, dans les projets CET, le contrat clé en main comporte très fréquemment des clauses rigoureuses pour l'entrepreneur. En réalité, ces clauses visent à repousser les frontières de l'imprévisible et de mettre à la charge de l'entrepreneur la totalité des coûts, des travaux extraordinaires. Elles intègrent, par ailleurs, le caractère extraordinaire en prévoyant les obstacles et sujétions en cours de l'exécution des travaux⁷⁹⁰ traduisent, au mieux, les conditions du Silver Book cette rigueur⁷⁹¹. Cette rigueur se justifie par le fait que les banques attachent à la certitude des coûts du projet ainsi que des délais de l'achèvement des travaux. Cette rigueur doit, toutefois, être modérée par une obligation de prise en charge par la société de projet aux termes de laquelle celle-ci doit fournir dans le dossier d'appel d'offres les paramètres du sol. Si, donc, elle dissimule une caractéristique défavorable du terrain, sa responsabilité précontractuelle peut être engagée⁷⁹². En concluant le contrat clé en main, la société de projet répond aux exigences des banques prêteuses qui veulent accélérer la mise en service des installations. Car le contrat raccourcit des délais de mise en service et réduisent le coût des travaux de construction. Cette technique n'exclut pas le recours aux entreprises locales ce qui conduit certainement à un transfert de technologie⁷⁹³.

⁷⁸⁹ Panayotis GLAVINIS, op.cit. 1993, p.284. Les Conditions du Silver Book prévoient aussi cette globalité dans l'article 4.1.

⁷⁹⁰ A. BRABANT, Les marchés publics et privés dans l'UE et outre-mer. op. cit. 1996 p.391.

⁷⁹¹ Elles font supporter à l'entrepreneur les risques liés au sol en raison de sa mission et de sa responsabilité globale de toutes les difficultés imprévues et tous les coûts supplémentaires.

⁷⁹² Notons que ces Conditions ne conviendraient pas en cas d'insuffisance de temps pour les entreprises soumissionnaires pour examiner et vérifier les exigences de l'autorité adjudicatrice ; ou si la construction nécessite un travail substantiel sous la terre ou à des endroits impossible d'inspection. V. Conditions FIDIC, Conditions of Contract for EPC turnkey projects, 1999.

⁷⁹³ Patrick BLACHARD, Les montages juridiques pour la production indépendante d'électricité, op. cit. 1994, p.152.

2) La nature de l'obligation de conformité : une obligation de résultat

598. L'obligation de résultat est l'obligation par laquelle l'entrepreneur s'engage à obtenir un résultat certain aux termes du contrat de construction. Ce résultat doit se concrétiser par la construction de l'ouvrage ou des installations selon les stipulations contractuelles. Ce résultat aura un effet indubitable sur le prix du prêteur et la société de projet de tous les aléas relatifs au délai et au coût d'achèvement des travaux. Le défaut induit la mise en œuvre des garanties et des pénalités. L'entrepreneur a de la même façon une obligation de résultat dans l'exécution des travaux supplémentaires recommandés par la société de projet. Le régime juridique de cette obligation est assez favorable où la société de projet en ce sens qu'elle n'a pas à prouver la faute de l'entrepreneur mais tout simplement de constater la non-réalisation. L'entrepreneur ne peut se dégager qu'en invoquant une cause exonératoire comme la force majeure. Une différence très sensible est notée, à ce sujet en droit anglo-saxon et en droit franco-africain.

599. En droit anglo-saxon, la responsabilité de l'entrepreneur est établie par la preuve apportée par la société de projet qu'il n'a pas été diligent dans l'exécution de ses obligations ou des travaux- Selon M. Glavinis, « en common law, on cherche (...) à démontrer que si le résultat n'est pas atteint c'est parce que l'entrepreneur n'a pas exécuté les travaux comme l'aurait fait tout autre entrepreneur à sa place dans les mêmes conditions, alors qu'en droit français ou francophone, du moment où le résultat promis n'a pas été obtenu on ne porte aucun jugement sur la diligence ou la mauvaise performance technique ou professionnelle de l'entrepreneur on ne cherche à lui reprocher aucun défaut. On lui demande simplement d'assumer les conséquences d'un travail inachevé ou mal exécuté »⁷⁹⁴. L'obligation de résultat implique donc pour les parties une période de garantie pour assurer la réalisation du résultat prévu et le bon fonctionnement des installations. En principe, à la fin des travaux, lorsque les ouvrages sont réceptionnés, une période contractuelle dite de garantie est prévue. Au cours de celle-ci, l'entrepreneur exécute à ses frais les travaux d'entretien et de réparation des défauts. Dans les contrats de construction, le dernier acompte est payé à la fin de cette période. Mais mieux la solution serait de mettre en place des garanties bancaires n'a pas exécuté les travaux comme l'aurait fait tout autre entrepreneur à sa place dans les mêmes conditions, alors qu'en droit français ou francophone, du moment où le résultat promis n'a pas été obtenu on ne porte aucun jugement sur la diligence ou la mauvaise performance technique

⁷⁹⁴ Panayotis GLAVINIS, op. cit. 1993, p.68.

ou professionnelle de l'entrepreneur, on ne cherche à lui reprocher aucun défaut. On lui demande simplement d'assumer les conséquences d'un travail inachevé ou mal exécuté. »⁷⁹⁵ L'obligation de résultat implique donc pour les parties une période de garantie pour assurer la réalisation du résultat prévu et le bon fonctionnement des installations. En principe à la fin des travaux, une période contractuelle de garantie est prévue lorsque les ouvrages sont réceptionnés. Au cours de celle-ci l'entrepreneur exécute à ses frais les travaux d'entretien et de réparation des défauts. Dans les contrats de construction, le dernier acompte est payé à la fin de cette période.

B – La mise en place des garanties bancaires

600. Tout projet CET est un défi technologique, politique, humain et surtout financier. Ces défis induisent des risques. Or, instinctivement les promoteurs cherchent à s'en préserver par tous les moyens. Les banques, par exemple, cherchent à se faire rembourser avec une rémunération équitable. Il est possible d'avoir cette rentabilité sans des installations conformes aux spécifications du contrat. Ainsi, la société de projet reçoit de l'entrepreneur des garanties dites de restitution d'acompte (1) et de bonne exécution (2) il serait intéressant d'évoquer.

1) La garantie de restitution d'acompte

601. Il arrive très fréquemment, que le maître de l'ouvrage verse à l'entrepreneur des avances représentant les prix des prestations accomplies aux termes du contrat de construction. Ces avances ont pour objectif d'aider financièrement l'entrepreneur à faire face aux charges.⁷⁹⁶

602. Dans les conditions du Silver Book, le paiement de cette avance est obligatoire⁷⁹⁷. La garantie de restitution d'acomptes selon la formule de la CCI.⁷⁹⁸ « désigne un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie (ci garant) à la demande d'un fournisseur de biens ou de services ou d'une autre entreprise (le donneur d'ordre) ou pris sur les instructions d'une banque d'une compagnie d'assurance ou d'une autre partie habilitée à

⁷⁹⁵ Cet acompte est appelé « retenue de garantie »

⁷⁹⁶ Il s'agit, en général, des dépenses de préparation du site, dépenses versées au fournisseurs des équipements à titre d'acompte etc.

⁷⁹⁷ Article I4.2

⁷⁹⁸ Article 2 des Règles Uniformes pour les garanties contractuelles de la CCI.

cet effet, par le donneur d'ordre (« la partie donnant les instructions ») vis-à-vis d'un acheteur ou d'un maître de l'ouvrage (le bénéficiaire) par lequel le garant s'oblige (le bénéficiaire) par lequel le garant s'oblige ou cas où le donneur d'ordre omettrait de rembourser conformément aux conditions du contrat conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (le contrat) ; toute somme ou sommes avancée (s) ou payée (s) par le bénéficiaire ou donneur d'ordre et non remboursée (s) par ailleurs, à effectuer un versement dans les limites d'un montant indiqué ». Cette garantie revêt une grande importance pour la société de projet et les banques prêteuses⁷⁹⁹.

Pour la société de projet elle assure la récupération de l'acompte en cas de défaillance de l'entrepreneur à exécuter les prestations correspondantes⁸⁰⁰. Pour les prêteurs, elle assure aussi la restitution de cet acompte au cas où il est financé par des prêts bancaires. Elle leur évite le concours des autres créanciers et le recours de se retourner contre la banque garante qui est très souvent solvable. Mais l'efficacité de la garantie est conditionnée à son indépendance par rapport au contrat de construction. C'est pourquoi, M. Pouillet apporte une critique objective, à notre avis, à la définition de la CCI. Il reproche, en effet, à l'institution consulaire internationale d'avoir subordonné l'exécution de la garantie de restitution aux conditions contractuelles⁸⁰¹. Il est vrai ou normal que la garantie puise faire référence au contrat de construction, qui est à l'origine de sa délivrance, sans que son exécution n'en soit soumise ou liée. En effet, l'expression (dans la formule de la CCI) « conformément aux conditions du contrat » signifie que la garantie n'est pas indépendante de ce dernier. On pourrait donc raisonnablement assimiler cette définition de la garantie à un engagement pris par une banque par lequel le garant s'oblige au cas où le donneur d'ordre omettrait de rembourser toute somme ou sommes avancée (s) ou payée (s) par le bénéficiaire au donneur d'ordre au titre du contrat conclu entre eux et non remboursé (s) par ailleurs à effectuer un versement dans les limites d'un montant indiqué. L'acompte diminue progressivement jusqu'à l'achèvement du projet où il s'éteint⁸⁰². La garantie de restitution d'acompte prend fin à la date à laquelle le donneur d'ordre (le constructeur) aura exécuté les prestations correspondantes au montant qui a été versé à titre d'acompte⁸⁰³.

⁷⁹⁹ K. M. I. MARESIMHAN, Assurance of international construction project, ICLR, part 4, 1997, pp486 et S.

⁸⁰⁰ Surtout si le financement est réalisé par des fonds propres.

⁸⁰¹ Yves POULLET, op.cit. Colloque de Tours, 1980, p.32.

⁸⁰² François LOGOZ, op. cit. 1991, p.36 ; Michel DUBUISSON, op. cit. 1982, p.121.

⁸⁰³ Michel DUBUISSON, Les garanties bancaires, les risques couverts, leur durée et leur mise en œuvre, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours, 1980, p.118.

2) La garantie de bonne exécution

603. Pour appréhender la notion il convient de la définir (a) d'identifier ses formes (b) ses modalités, ses caractéristiques (c) son importance et sa nature juridique.(d).

a) La notion de garantie de bonne exécution

604. La garantie de bonne exécution a été définie par les règles uniformes de la CCI comme étant « un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurance ou une autre partie (le garant à la demande d'un fournisseur de bien ou de service ou d'un autre entrepreneur (le donneur d'ordre) ou pris sur les instructions d'une banque, d'une compagnie d'assurance ou d'une autre partie habilitée à cet effet par le donneur d'ordre (la partie donnant des instruction) vis-à-vis d'un acheteur ou d'un maître de l'ouvrage (le bénéficiaire) par lequel le garant s'oblige au cas où le donneur d'ordre mettrait de rembourser, conformément aux conditions du contrat conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (le contrat), toute somme ou sommes avancée (s) ou payée (s) par le bénéficiaire au donneur d'ordre et non remboursée (s) par ailleurs à effectuer un versement dans les limites d'un montant indiqué. Cette définition, comme celle de la restitution d'acompte lie la mise en œuvre de la garantie aux conditions contractuelles résultant du contrat de construction conclu entre le donneur d'ordre (le constructeur) et le bénéficiaire (la société de projet maître de l'ouvrage). La subordination de l'exécution de la garantie aux conditions contenues dans le contrat de construction peut diminuer son efficacité.

b) Les différents types de garanties

605. Dans le cadre du projet CET, il y a deux pratiques de garanties de bonne exécution⁸⁰⁴ : les performance bond de la pratique américaine et la garantie de bonne exécution classique⁸⁰⁵. Les performances bonds⁸⁰⁶ ont pour origine les Etats-Unis et

⁸⁰⁴ Michel DUBISSON, Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution, DPCI n°4, 1977, pp.435 et s.

⁸⁰⁵ Historiquement, la garantie de bonne exécution consistait souvent en un dépôt en titre ou en espèces. Ce dépôt pouvait être un bon du Trésor (Iran) ou une souscription de bons de dette publique (Espagne, Brésil) ou en un dépôt de chèques certifiés (Australie). Voir Gérard POU CET, op. cit. 1980, p.29.

En droit français, l'entrepreneur, en garantissant ses obligations vis-à-vis du maître de l'ouvrage, pourrait être tenu de mettre en place un cautionnement sous forme de dépôt d'espèces.

⁸⁰⁶ A noter qu'il y a une autre forme de bond, prévue par le *Miller Act* qui régit les Bonds aux Etats-Unis dit *payment bond*. Le *payment bond* n'est pas destiné à garantir la bonne exécution du contrat de construction mais

l'Angleterre. Elles sont utilisées par les compagnies d'assurance ou *Binding companies* et très fréquemment dans les contrats internationaux de construction. A l'opposé des garanties pécuniaires, l'objectif de la garantie performance bond n'est pas que le bénéficiaire soit payé d'un certain montant d'argent déterminé de façon forfaitaire mais plutôt d'assurer le suivi de l'exécution du projet. Si l'entrepreneur manque à ses engagements à l'égard de la société de projet, le garant dispose en ce moment de plusieurs alternatives :

- Il peut demander au maître de l'ouvrage (la société de projet) de l'exécution des travaux et toutes les dépenses supplémentaires ainsi créées par le remplacement de l'entrepreneur défaillant seront à la charge du garant.
- Il peut aussi conclure avec le maître de l'ouvrage un *take over agreement* par lequel la *bonding company* se substitue à l'entrepreneur pour mener à bien le contrat et la société de projet maître de l'ouvrage s'engage à lui rembourser toute somme restant à payer en vertu du contrat de construction.
- En dernier lieu, le garant peut remplacer l'entrepreneur défaillant par un autre – il est nécessaire dans ce cas que la société de projet puisse donner son consentement.

606. Il convient de noter, à la suite de ce qui précède, que la performance bond met à la charge du garant une véritable obligation de faire – le montant de cette garantie est très élevé. Il peut atteindre 100% de la totalité du montant du contrat⁸⁰⁷. Dans la garantie d'exécution classique l'obligation du garant se limite à payer, en cas de défaillance de l'entrepreneur, un montant préfixé. Généralement, il ne dépasse pas les 5% ou 10% de la totalité du montant du contrat, et rarement 15%. Quelles que soient l'ampleur de la défaillance de l'entrepreneur, le garant ne s'engage qu'à payer ce montant.

607. Dans les pays africains de culture juridique latine, la garantie prend la forme d'une garantie d'exécution classique. En Egypte par exemple, l'article 68 du règlement des adjudications prévoit que l'adjudicateur est tenu de présenter une garantie en espèces. En France, l'article 125 du Code des marchés publics prévoit que le titulaire du marché peut être chargé de fournir un cautionnement sous forme de dépôt d'espèces.

608. A notre avis, exiger du titulaire le dépôt d'espèce constitue une immobilisation de ses fonds qu'il est souhaitable de remplacer par une caution personnelle.

la bonne exécution du contrat du sous traitant en cas de défaut de paiement des défaillances du constructeur principal. Voir Michel Dubisson. Op. cit. 1982, p.123.

⁸⁰⁷ Dans les garanties pécuniaires, le garant ne s'engage qu'à payer un certain montant au bénéficiaire de la garantie de bonne exécution 5 à 10% du montant total du contrat. V. Yves POULLET, op. cit. Colloque de Tours, 1980, p.34.

c) Les modalités et caractéristiques de la réalisation de la garantie de bonne exécution

609. Le contrat de garantie est autonome pour déterminer ses modalités de réalisation. On peut distinguer les garanties conditionnelles et les garanties inconditionnelles. La réalisation des premières dépend de conditions relatives au manquement imputé au constructeur, à la non délivrance des installations conformes aux contrats ou dans les délais prévus⁸⁰⁸. La mise en jeu des secondes ne nécessite pas un manquement de la part du constructeur à ses obligations. Elles sont payables sur simple demande du bénéficiaire (la société de projet maître de l'ouvrage.) Dans la pratique de réalisation des grands ouvrages du type CET, la garantie de bonne exécution est toujours inconditionnelle : c'est la règle de la garantie à première demande.

610. La garantie à première demande répond au mieux aux soucis des prêteurs et promoteurs du projet, du fait de sa simplicité, de la non-exigence de documents (jugement judiciaire ou sentence arbitrale.) La cour de cassation française⁸⁰⁹ a en à définir la garantie à première demande comme « un contrat par lequel une banque s'engage à effectuer, sur la demande d'un donneur d'ordre, le paiement d'une somme à concurrence d'un montant convenu, sans que l'établissement financier puisse différer le paiement ou soulever une contestation quelconque pour quelque chose que ce soit. » En matière de contrat de construction, il s'agit d'un engagement pris par une banque sur l'ordre du constructeur, à payer à la société concessionnaire ou société de projet – bénéficiaire un montant fixé dans le contrat de garantie sur simple demande⁸¹⁰ de celle-ci. La banque garante ne peut pas vérifier le bien fondé de cette demande ou bien exiger la preuve que l'appel à la garantie est justifié. Dès qu'il y a une demande écrite de la part de la société de projet, la banque doit exécuter immédiatement son obligation de paiement, dans que la société concessionnaire ou société de projet fournisse la moindre preuve de la son- exécution ou de la mauvaise exécution du

⁸⁰⁸ A ce propos, le Groupement International des Entrepreneurs de La Fédération Internationale des entrepreneurs européens propose une forme de garantie conditionnelle appelée garantie documentaire. D'après cette formule, la réalisations de ces garanties n'est possible que dans deux cas, si des écrits ont été passés entre le benuéficiaire (la société concesssennaire) et le donneur d'ordre (le construteur), prévoyant qu'il doivent approuver mutuellement le montant de la somme payable au bénéficiaire ; si le garant reçoit une copie certifiée conforme d'une décision arbitrale établie conformément aux termes du contrat de base (le contrat de construction) stipulant que le montant fixé est payable au bénéficiaire. En d'autres termes, le bénéficiaire ne peut faire appel qu'après avoir présenté des documents tes un jugement ou une sentence arbitrale attestant que le donneur d'ordre (le constructeur) a manqué à ses obligations. Voir Frédéric EISEMAN, op. cit. 1972 p.387.

⁸⁰⁹ Cass. Com. 20 décembre. 1982, D 1983, p.385, note M. VASSEUR.

⁸¹⁰ Le contrat de garantie est souvent ainsi libellé « nous nous engageons à vous payer, indépendamment de la validité et des effets du contrat de base.... (on) ... à première demande de votre part et sans valoir d'exception ni d'objections résultant du contrat ...(ou) ... sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit... »

contrat de construction⁸¹¹. Cette garantie est en général exprimée de la façon suivante. « Nous (nom du garant), engageons, sans qu'aucune autorisation ou accord de votre concontractant, la firme (non du donneur d'ordre), soit nécessaire pour ce paiement. Aucune opposition, exception ou objection ou recours à l'arbitrage ou aux tribunaux de la part de cette firme ne sera prise en considération »⁸¹².

Dans de pays africains francophones, la garantie de bonne exécution prend toujours la forme de la garantie à première demande mais avec quelques particularités.

611. Aux termes de l'article 28 al 1er de l'Acte uniforme portant droit des sûretés de l'OHADA, « la lettre de garantie est la convention par laquelle, à la requête ou sur instructions du donneur d'ordre, le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande de la part de ce dernier ». En France, selon le code des marchés publics, le titulaire du marché peut être chargé de fournir un cautionnement pour garantir la bourse exécution du marché et le recouvrement des sommes dont il serait débiteur au titre du marché. Ce cautionnement sera versé sur l'ordre de l'administration contractante sans que la caution puisse différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit. Il s'agit donc d'une garantie d'exécution à première demande de l'administration⁸¹³. Quant aux caractéristiques, l'engagement de la banque garante envers les bénéficiaires (la société de projet et l'Etat) se caractérise par trois traits : l'engagement de la banque est un engagement indépendant du contrat de base. D'ailleurs, par analogie aux crédits documentaires, la jurisprudence en Angleterre et aux Etats-Unis consacre le principe de l'autonomie de la garantie par rapports au contrat de base avec comme corollaire, le droit et l'obligation de la banque garante d'honorer son engagement sans tenir compte d'éventuels litiges au titre de ce contrat, sauf cas de fraude⁸¹⁴. La cour de cassation française⁸¹⁵ a confirmé dans ce sens, la position de la jurisprudence⁸¹⁶. La banque garante est donc obligée de payer le montant de la garantie après une simple demande de la part de la puissance publique contractante. La jurisprudence, en confirmant le principe de l'indépendance de la garantie à

⁸¹¹ Sylviane VELU, Les garanties à première demande en droit belge, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours, 1980, p.211.

⁸¹² Clause citée par Frédéric EISEMANN, op. cit., 1972, p.388.

⁸¹³ André VILLEREY, Les garanties bancaires en droit français, in les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours, op. cit. p.265.

⁸¹⁴ Michel ELLAND-GOLDSMITH, Garanties bancaires : l'évolution de la jurisprudence en Angleterre, RDAI, n°3, 1990, p.421 ; Bruno LEURENT, Garanties bancaires et arbitrages, RDAI n°3, 1990, p. 402. ; Charles BONToux, Les garanties bancaires dans le commerce international, Banque n°414, 1982, p.172.

⁸¹⁵ Ss. Com. 2 février 1988, Bull. civ. IV, n°55, p.39.

⁸¹⁶ Cour d'appel de Paris, 15 juin 1973, RJ com, 1973 cité par André VILLEREY, op. cit. 1980 p.268.

première demande du contrat de base, elle estime, par contre, que le cas de force majeure qui empêche l'exécution de contrat de base doit, logiquement influencer sur l'exécution même du contrat de garantie⁸¹⁷.

Toutefois, la question qui se pose est de savoir si la nullité du contrat de construction entraîne du coup la nullité de la garantie ? A cette question, on estime qu'il faut tenir compte de la nullité absolue qui porte atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs de la nullité relative⁸¹⁸.

612. Dans la nullité absolue, « la garantie aurait (...) une cause illicite et ceci devrait conduire à sa caducité ». Il s'agit ici d'une règle logique qui tient compte d'un certain parallélisme car si on a pu porter une entorse aux droits français et de l'OHADA pour valider la garantie comme un acte abstrait, il faut procéder de la même façon pour éviter de porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Par contre, on peut conserver le caractère autonome de la garantie dans les cas où la nullité aurait un caractère relatif⁸¹⁹. La garantie à première demande est une garantie conventionnelle, autant dans son établissement que dans son exécution. Elle résulte de la volonté des parties. L'engagement, dans le cadre de la garantie, n'est pas abstrait, L'article 1108 du code civil ou l'article Du code des obligations civiles et commerciales (COCC) du Sénégal exige que la validité d'une convention, la cause de l'obligation soit licite⁸²⁰.

613. A notre avis, il faut encore admettre une fois de plus une entorse aux droits pour valider de façon exceptionnelle la garantie à première demande ; et cela dans les limites du respect de l'autonomie de la volonté⁸²¹. Une partie de la doctrine est d'ailleurs, favorable au caractère abstrait de l'engagement de la banque⁸²². De même, la jurisprudence a déjà dérogé à des règles impératives du droit interne en faveur des besoins du commerce international. C'est ainsi qu'elle a donné à l'Etat et aux personnes de droit public la possibilité de comparaître devant l'arbitre à propos d'un « contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime »⁸²³.

⁸¹⁷ Voir cass. com. Précitée.

⁸¹⁸ André VILLEREY, op. cit. p.269

⁸¹⁹ La nullité relative ne touche que les intérêts à caractère privé.

⁸²⁰ Dans le même sens l'article 136 du code civil égyptien décide de la nullité du contrat s'il n'y a pas une cause licite de l'obligation.

⁸²¹ Sylviane VELU, op. cit. p.231.

⁸²² BARMANN Johannes et alii, Les garanties du crédit en droit allemand, Documentation française, 1978, p.84. Ces auteurs estiment que la garanties assurent aux créanciers l'exécution de la prestation en toute circonstances, même si l'obligation n'a pas pris naissance ou a disparu.

⁸²³ Arrêt GALAKIS, cass 1ère, 2 mai 1966, rev. Crit. DIP, 1967 p.553 note GOLDMANN

d) Importance et nature juridique de la garantie à première demande

614. De recours au mécanisme de la garantie à première demande dans les projets CET se comprend, donc aisément, par le souci d'éviter les inconvénients des sûretés du droit des obligations, et surtout du cautionnement. Cependant, il n'est pas aisé de préciser sa nature juridique. Des tentatives de rapprochement de la garantie à première demande à la stipulation à autrui⁸²⁴ à la promesse de porte-fort⁸²⁵ - ont été faites. Nous ne trouvons pas judicieux de procéder à une telle assimilation de la garantie à première demande à quelque notion ou concept du droit civil même si celles-ci pourraient lui apporter quelque éclairage.

Ces concepts du droit civil commun ne sont pas assez pertinents pour appréhender la garantie à première demande dans son intégralité. Cela en raison du fait que la garantie à première demande est née de la pratique. Elle a un grand besoin de souplesse pour s'adapter aux développements incessants du commerce international. Ce qui est impossible par la seule référence aux règles du droit civil. On peut donc constater que la garantie à première demande trouve son fondement dans le commerce international⁸²⁶. La garantie à première demande est donc un système issu de la pratique. La jurisprudence française confirme notre avis. La cour d'Appel de Paris a fondé la validité de la garantie à première demande sur les usages bancaires. Elle a fait droit aux arguments invoqués par la banque libyenne selon lesquels « un banquier expérimenté devrait réaliser que les garanties sont payables sur première demande nonobstant les oppositions du contractant, et que les banques n'interviennent pas dans les engagements entre parties.⁸²⁷ »

La rentabilité de l'opération CET peut aussi être obtenue par des clauses contractuelles.

⁸²⁴ Juan Antonio GREMADES dans son Rapport sur les garanties à première demande en droit espagnol au colloque de Tours estime que « le donneur d'ordre n'a pas le droit d'empêcher le paiement puisque, par hypothèse, il avait demandé à la banque d'assurer un engagement et de l'exécuter à première demande. Or, par analogie aussi, on peut se référer à la stipulation pour autrui qui est pleinement admise en droit civil espagnol... » (Il s'agit de l'article 1257 du code civil espagnol)

⁸²⁵ Certains ordres juridiques (notamment suisse et autrichien) essaient d'analyser la garantie à première demande en une promesse de porte-fort ; c'est-à-dire en une promesse pour la prestation d'autrui. Voir Marc BELLIS et Yves POULLET, *Emergence de la sûreté personnelle non accessoire*, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Colloque de Tours, p. 153. ; voir également l'article 1120 code civil français, article COCC sénégalais ou article 153 du code civil égyptien.

⁸²⁶ Ils font l'objet des Règles uniformes pour les garanties contractuelles, des Règles et usages relatifs au crédit documentaire, les Incoterms et des contrats types.

⁸²⁷ Cour d'appel de Paris, 28 septembre 1978, cité par Yves POULLET, DPCI 1979, p.410.

Section II : La contractualisation de l'exploitation des installations

615. Dès lors que la construction est achevée, la période d'exploitation, débute et l'on peut envisager une rentabilisation des investissements. La phase d'exploitation est une phase capitale car les prêteurs espèrent que les recettes générées par le projet leur permettront d'être remboursés. Alors, pour que le projet puisse avoir une rentabilité certaine et répondre aux exigences du remboursement des dettes et du fonctionnement, un complexe de contrats est envisagé. Un tel montage appelle les contrats suivants : les contrats dont le but est de rendre le projet rentable et à assurer la continuité de l'approvisionnement en matières premières (paragraphe I), et les contrats ayant pour objet de commercialiser le *cash flow* du projet (paragraphe II).

Paragraphe I : La protection contractuelle de la rentabilité et la garantie de la continuité l'approvisionnement en matières premières

616. Il convient de distinguer les contrats assurant une rentabilité suffisante (Sous paragraphe I) et ceux garantissant la continuité de l'approvisionnement en matières premières et en combustibles nécessaire (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I : La protection contractuelle de la rentabilité du projet

617. Ce sont essentiellement les contrats d'exploitation et de maintenance. Ces contrats revêtent une grande importance et constituent un facteur déterminant du succès du projet⁸²⁸. Ces contrats définissent les droits et obligations et la responsabilité de la société de projet⁸²⁹. Il convient alors d'analyser successivement le contrat d'exploitation (A) et le contrat de maintenance. (B).

A – Le contrat d'exploitation

618. L'exploitant est un partenaire stratégique dans le complexe de contrats pour la réalisation de projet CET. Il est le garant du bon fonctionnement des installations. Il peut être

⁸²⁸ Patrick BLANCHARD. Montages contractuelles de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement, RDAI n°4/5 t1998, p.459.

⁸²⁹ UNIDO BOT Guidelines. p.259.

un actionnaire de la société de projet ou un simple assistant technique. Le contrat d'exploitation ne doit pas se contenter de traduire les exigences des parties mais aussi prendre en considération celles du pays d'accueil et des prêteurs.

Nous examinerons, de ce fait, les modalités d'exploitation (1) et les droits et obligations de l'exploitation (2).

1) Les modalités de l'exploitation

618. Il existe deux modalités : la société de projet peut exploiter directement les installations ou le confier l'exploitation à une autre société.

Selon la première formule, souvent utilisée pour les projets d'autoroute, l'exploitation est assurée par la société de projet elle-même. L'avantage de cette modalité est que la société de projet et les prêteurs évitent les charges financières qui peuvent résulter de la conclusion du contrat d'exploitation (honoraires de conseillers juridiques, rémunération de l'exploitant, frais de résolution des litiges etc.) Son inconvénient réside dans les pertes que la société de projet et les prêteurs subissent des pertes du fait du manque d'expérience de la société de projet exploitante. C'est pourquoi, il est conseillé que des actionnaires aient une expérience dans l'exploitation des installations en cause. Relativement à la seconde formule, c'est une autre entité qui conclut le contrat d'exploitation avec la société de projet. L'avantage de la modalité est qu'elle confie la gestion de l'exploitation à une société spécialisée. Cette stratégie d'accroître le revenu du projet. Mais elle a l'inconvénient d'augmenter d'éventuelles charges financières qui seront déduites des revenus du projet aux termes du contrat « *take or pay* ». L'exploitant doit être impliqué dans l'exécution du projet en lui reconnaissant le droit de posséder une part importante dans le capital de la société de projet. Mais cette part doit être inférieure à celle du constructeur du fait que le montant du contrat d'exploitation n'est pas comparable à celui du contrat de construction. En tout état de cause il a le droit de participer aux négociations des différents contrats, surtout celle du contrat de construction. Cette participation pourrait éviter des problèmes qui peuvent survenir au cours de la période d'exploitation.

2) Les droits et obligations de l'exploitant

a) Les droits

619. Il a fondamentalement droit à une rémunération et accessoirement : divers autres droits. La rémunération peut être une part fixe pour couvrir les charges d'exploitations, majorée du remboursement du coût des démarrages et de diverses dépenses exceptionnelles⁸³⁰. Elle peut être aussi, une rémunération forfaitaire ou un pourcentage des profits réalisés par le projet. En cas de résultat positif, il sera possible de récompenser l'exploitant par un bonus incitatif dont les charges seront compensées par l'augmentation des plus values préalablement prévues. En cas de résultat négatif le contrat pourrait obliger l'exploitant à payer des pénalités au profit de la société concessionnaire. Au surplus des contraintes, réglementaires des pays d'accueil s'imposeront aux parties. Il s'agit, parfois, de l'obtention de l'approbation de l'organe réglementaire compétent pour la détermination du prix que la société de projet doit payer. Aussi, logiquement et équitablement, la rémunération de l'exploitant doit être ajustée en cas de changement des lois en vigueur au moment de la conclusion du contrat, entraînant un surcroît à la charge de l'exploitant et supérieur à celui stipulé dans le contrat. Dans cette hypothèse, il est intéressant et souhaitable que l'intéressement de la société exploitante soit déterminé par rapport aux recettes du projet et que la société exploitante émette des garanties de bonne exécution en faveur de la société de projet⁸³¹. Outre la rémunération, la société de projet s'engage à souscrire à ses frais les polices d'assurances en vue de protéger l'exploitant et ses sous-traitants de tout déficit⁸³². Elle s'engage aussi à mettre à la disposition de l'exploitation toutes les matières premières nécessaires au fonctionnement des installations. L'exploitant doit être assuré de la régularité de la fourniture de ces matières, de la demande pour le produit ou le service et de la livraison. Le défaut de ces éléments pourrait compromettre la rentabilité escomptée.

620. Corrélativement au transfert des obligations de la société de projet sur la tête de l'exploitant, celui-ci aura le droit d'exécuter des activités génératrices de revenus subsidiaires. L'exploitant pourra, par exemple, solliciter dans un projet routier l'autorisation d'aménager les terrains longeant la route afin de vendre des espaces publicitaires, d'offrir des

⁸³⁰ P. BLANCHARD, op. cit. RDAI N°1998.

⁸³¹ Unido bot Guidelines p.264.

⁸³² Par exemple les pertes résultant de l'arrêt du fonctionnement des installations à la suite d'un incendie, inondation etc.

services de mécanique automobile, des restaurants ou des boutiques etc. ces activités pourraient éponger éventuellement les risques d'insuffisance des revenus du projet.

b-Les obligations

621. Aux termes du contrat de concession ou de l'Accord de projet, la société de projet ou société concessionnaire s'est engagée à construire, exploiter et transférer la propriété de l'ouvrage à l'autorité publique concédante si elle a donc elle n'exploite elle-même les installations elle en confie la charge à une autre société exploitante qui la subroge dans ses obligations⁸³³. Ainsi toutes les obligations de la société exploitante découlent de celles imposées à la société de projet de la bonne exécution du contrat d'exploitation. Le contrat d'exploitation peut dans cette hypothèse imposer à l'exploitant d'émettre des garanties de bonne fin d'exécution au profit de la société de projet⁸³⁴. Il pourrait dans la même foulée lui imposer de souscrire des polices d'assurance couvrant sa responsabilité civile et les dommages de toutes natures causés par les travailleurs aux usagers des services du projet, à l'environnement etc. Dans le cas où la société exploitante est une filiale exerçant ses activités dans le pays d'accueil, elle sera obligée à apporter une caution ou émettre une lettre de confort.

622. Ultiment, lorsque l'exploitation souffre du fait d'une défaillance de l'exploitation, le contrat peut autoriser la société de projet à faire continuer l'exploitation par l'exploitant, tout en imposant à ce dernier de tenir des comptes. La rémunération y sera bloquée jusqu'au moment où le montant de sa rémunération lui sera versé si aucune n'a été plus tard constatée son propos. Accessoirement, l'exploitant est tenu de respecter les normes relatives à la qualité et l'étendue des services. Ces contraintes sont généralement, imposées par la loi applicable au service. Dans certains systèmes juridiques⁸³⁵, la puissance compétente a le droit de modifier les caractéristiques et l'ampleur des services que l'exploitant doit fournir, pour des raisons d'intérêt public. Il est évident que la société exploitante, dans ce cas, sera indemnisée à de sommes égales aux pertes financières ou au coûts supplémentaires causés par des modifications faites unilatéralement. Lorsque l'exploitation est assurée par la société de projet

⁸³³ Jean-Marc LONCLE, Grands projets d'infrastructure : le montage Build-operate-Transfer (BOT), op. cit. RDAI n°8 1997.

⁸³⁴ Ces garanties sont des garanties à première demande. Ces garanties sont caractérisées par le fait qu'elles doivent être exécutées complètement, immédiatement sur simple demande sans objection ni justification.

⁸³⁵ Eu l'occurrence le système français et de certains pays africains francophones comme le Bénin, le Sénégal etc.

elle-même, celle-ci ne doit pas discriminer entre les usagers sauf pour des raisons objectives. C'est pourquoi, elle doit mettre en place des mécanismes efficaces et équitables de règlement des revendications et des plaintes des usagers. Enfin, l'exploitant est tenu de prendre en compte les exigences de l'Etat d'accueil et des prêteurs. A cet effet, l'exploitant doit être consulté à l'occasion de la conclusion du contrat de construction. Du même, l'Etat doit être présent lors de la conclusion du contrat d'exploitation. La présence de chacun de ces protagonistes du projet CET dans les contrats a pour effet d'harmoniser le contrat d'exploitation avec les autres contrats du projet. De ce fait, les exigences de l'Etat seront prises en compte. Car il est intéressé par le contrat d'exploitation à plusieurs égards. L'Etat veut, en effet, s'assurer que la réglementation relative à l'environnement et la sécurité du projet sera respectée. Il veut également s'assurer de la conformité de l'exploitation des installations avec les besoins exprimés⁸³⁶ dans l'Accord de base (accord de projet.) Pour ces raisons, l'exploitant doit permettre à l'Etat de surveiller les activités d'exploitation⁸³⁷. L'exercice de ce droit est réglementé. A ce propos, certaines approches sont possibles : définir les pouvoirs des représentants et l'Etat en présentant en détail les modalités de ce droit, traiter les pouvoirs des représentants de l'Etat en des termes généraux, enfin, charger la société de projet de remettre régulièrement à la puissance publique un rapport indiquant l'état de l'exploitation du projet et pour que l'exploitant respecte ses obligations contractuelles et légale. A défaut, il sera exposé à des sanctions financières. Quant aux exigences des prêteurs, elles sont relatives à la suffisance des flux financiers dégagés par le projet pour rembourser leurs dettes avec une rémunération équitable⁸³⁸. A cet effet, les prêteurs exigent que l'exploitant émette une garantie de performance. Cette garantie peut prendre la forme d'une capacité minimale d'exploitation ou de recettes minimales. Un conflit d'intérêts peut ne pas être évité à cette étape. En effet, les prêteurs et la société de projet veulent un haut niveau de performance pour être convaincus des possibilités de remboursement, alors que la société exploitante veut juste fournir des garanties de performance municipales. Seul l'établissement de garanties de performance fondées sur les besoins financiers effectifs du projet serait opportun.

⁸³⁶ Il s'agit surtout de la conformité qualité et quantité de la production avec les besoins locaux, la capacité d'une autoroute à absorber ou à supporter l'ampleur du trafic.

⁸³⁷ Ceci relève de son droit.

⁸³⁸ UNIDO BOT Guidelines, p.262, dans le même sens Jean-Marc LONCLE, op. cit. RDAI n°8. 1997, p.959.

L'intérêt, pour la partie étatique est de recevoir en fin d'exploitation des installations en bon état de fonctionnement. C'est pourquoi, le contrat de maintenance met à la charge de l'exploitant des obligations rigoureuses.

B – Le contrat de maintenance

623. La conservation de la valeur des actifs et des installations et la réduction des charges financières de l'exploitation constituent un gage certain pour atteindre la rentabilité. Pour ce faire, un contrat de maintenance est conclu. Il constitue, d'ailleurs, une logique du contrat d'exploitation. Car la maintenance des installations détermine la réussite ou l'échec du projet pendant et après la phase d'exploitation. Le contrat de maintenance sera appréhendé dans sa définition et ses modalités (1) avant les obligations qu'il crée. (2).

1) La définition et les modalités du contrat de maintenance

a) La définition du contrat de maintenance

624. Le contrat de maintenance est le contrat par lequel le maintenancier est responsable de l'entretien des installations. Il existe deux types de contrat de maintenance⁸³⁹. On a, en premier lieu, le contrat d'entretien simple dit entretien normal. Ce contrat est forfaitaire et ne comprend que les visites périodiques, les dépannages et quelques petites réparations. Ce contrat donne lieu à des devis séparés, complémentaires facturés en supplément. En second lieu, le contrat d'entretien simple, les réparations et remplacement de pièces usées⁸⁴⁰. Dans ce cas, le coût des travaux sera, par conséquent, à la charge du maintenancier.

625. De toute évidence, c'est le contrat de maintenance complète qui est approprié car il garantit un fonctionnement conséquent des installations aux gestionnaires propriétaires et

⁸³⁹ Bernard QUITCHARD, Les contrats de maintenance: aspects juridiques et pratique, Gaz. Pal. 1991, 1^{er} sem. 1991, p.32.

⁸⁴⁰ Il est très important de préciser les obligations des parties, en la matière, et surtout prendre toutes les dispositions à cet effet. Dans une Convention de concession entre l'Etat de Cote d'Ivoire et SAUR, filiale du Groupe BOUYGUES, des difficultés ont été notées parce que une frontière nette n'a pas été tracé entre les travaux d'entretien et les travaux de renouvellement. La Compagnie Ivoirienne d'Energie (CIE) chargée de faire l'entretien des ouvrages n'avait initialement aucune autorisation pour exécuter des renouvellements. Alors le programme de renouvellement d'urgence, basé sur l'état des biens arrêté au moment de l'entrée en vigueur de la Concession, n'a pas pu s'exécuter à temps. Alors, l'état des biens se détériorant, la CIE s'est vue dans l'obligation de se substituer à l'Etat en réalisant certains travaux pour améliorer l'exploitation du réseau.

usagers⁸⁴¹. Ce second type de contrat de maintenance apporte à la société de projet et aux prêteurs une possibilité de diminution importante des dépenses globales.

En tout état de cause quel que soit le type de contrat, la société de projet doit nécessairement consulter le maintenancier pour toute décision d'achat d'équipements. Ainsi, le contrat *take or pay* accorde une grande importance au choix du maintenancier et à ses qualités. D'ailleurs, les parties au contrat de *take or pay*, se réservent le droit d'approuver ce choix. Aussi, les prêteurs exigent-ils dans le contrat de prêt que les maintenanciers soient expérimentés dans la maintenance du projet en cause

b) Les modalités du contrat de maintenance

625. Dans ces modalités, la maintenance peut être assurée par la société de projet ou par un tiers. Dans le premier cas, la mission de maintenance est confiée au consortium de constructeurs du projet ou à l'une de ses filiales à la condition que le maintenancier ait une expérience dans le domaine de la maintenance des grands projets. Car la maintenance constitue une série d'opération technique que l'on ne peut attribuer à une société inexpérimentée. Dans le second cas, il sera nécessaire de charger une société spécialisée dans la maintenance du type de projet en cause. A cet effet, il est conseillé de confier la mission de maintenance à la société chargée de l'exploitation. Il est ainsi dans le souci d'efficacité, de lier la mission d'exploitation et celle de maintenance en écartant toute discontinuité entre les deux. Mais, à quoi de bon multiplier les parties dans cette situation car à terme, en cas de faute, il serait si compliquer d'identifier la partie responsable.

2) Les obligations du maintenancier

626. Le maintenancier a l'obligation d'assurer le bon fonctionnement des installations. Quels sont la nature (a) et le contenu de cette obligation (b)?

a) La nature des obligations du maintenancier

627. La question qui se pose est de savoir si cette obligation est une obligation de résultat ou de moyen. En général, pour les contrats de maintenance, deux tendances se dégagent.

⁸⁴¹ Idem, p.33; Philippe Le TOURNEAU, Le contrat de maintenance, Gaz. Pal. 1988 (2^e sem.) pp.446 et S.

628. La première tendance adopte la position de la jurisprudence relative au contrat de réparation. Elle estime que l'obligation de maintenir en état est une obligation de résultat lorsque la technique utilisée est simple et éprouvée. Dans cette hypothèse, aucun aléa ne peut être évoqué.

629. La deuxième tendance doctrinale⁸⁴² distingue le contrat de type simple du contrat du type complet : le contrat de type simple ne comporte qu'une obligation de moyen, il est un contrat de prestation de service assimilé à une location d'ouvrage tel que défini dans le code civil français. Alors que le contrat de type complet contient une obligation tel qu'il résulte des prestations de l'entretien simple et une certaine obligation de résultat puisque le mantcnancier s'engage à maintenir l'installation dans son état optimal de fonctionnement.

En matière de projet CET, l'obligation du maintenancier est une obligation de résultat que la maintenance soit directement ou indirectement assurée par la société de projet. La société de projet a en effet l'obligation de transmettre gratuitement à la puissance concédante la propriété des installations dans un bon état de fonctionnement. A défaut, elle sera obligée de payer des dommages et intérêts.

b) Le contenn de l'obligation du maintenancier

630. C'est le contrat de maintenance qui précise les critères de la maintenance. Ces critères peuvent être ceux du statut de 'ouvrage ou les critères standards industriels biens établis⁸⁴³. Ceux-ci peuvent être insérés dans le contrat de maintenance. La détermination de ce critère facilite l'appréciation des performances demandées au maintenancier. D'après l'UNIDO BOT Guidelises, deux aspects du contrat de maintenance de l'infrastructure méritent une attention particulière : le devoir de l'opérateur d'établir des rapports sur l'état des installations au profil de la société de concession ou société de projet, des prêteurs et de l'Etat d'accueil et le droit pour la société de projet d'inspecter les installations et les résultats commerciaux. Le droit d'inspection est étendu aux représentants de l'Etat d'accueil et des banques prêteuses car ces derniers veulent aussi s'assurer que les installations sont exploitées et maintenues selon les exigences contractuelles. Dans un souci d'harmonie des engagements contractuels, le maintenancier doit s'engager vis-à-vis de la société de projet de la même façon que la société de projet auprès de l'autorité publique concédante.

⁸⁴² Bernard QUICHARD, op. cit., 1991, p.32.

⁸⁴³ UNIDO BOT Guidelines, op. cit. pp264 et 265.

Sous paragraphe II : La garantie contractuelle de l'approvisionnement en matières premières : le contrat *supply or pay*

631. Le contrat *supply or pay* vise les mêmes objectifs que les contrats d'exploitation, de maintenance et de *take or pay* : garantir la rentabilité. Ce contrat constitue l'un des contrats qui répartissent les risques entre les acteurs du projet. Le contrat *supply or pay* ou ses propres caractéristiques (A) et son exécution met à la charge des parties des obligations (B).

A – Les caractéristiques du contrat *supply or pay*

632. Pour appréhender ces caractéristiques, nous allons envisager la définition (1) et le lien qu'il a avec les autres contrats (2).

1) La définition du contrat *supply or pay*

634. Le contrat *supply or pay* est le contrat par lequel un fournisseur, souvent une autorité publique du pays d'accueil, s'engage à fournir périodiquement à la société exploitante des matières premières nécessaires au fonctionnement des installations, en contrepartie d'un prix préfixé. Ce contrat revêt toute son importance dans les projets CET ; dans la mesure où et évite à la société de projet de risque d'interrompre l'approvisionnement en matières premières nécessaires⁸⁴⁴. Aux termes du contrat *supply or pay*, l'autorité publique doit fournir à la société exploitante, pour un projet d'énergie, le combustible en quantité et qualité et dans les délais prévus⁸⁴⁵. A défaut, elle sera obligée de payer à la société exploitante les charges financières que celle-ci a subies en vue d'obtenir le combustible d'une autre source⁸⁴⁶. Cette

⁸⁴⁴ La non-disponibilité du combustible, de même que la hausse du prix de celui-ci sont des événements que les prêteurs veulent éviter s'ils ne sont pas contrôlés. En effet, ces événements auront un impact sur le niveau des revenus dégagés mais aussi sur la capacité de production du projet.

⁸⁴⁵ Dans le cadre du contrat de production indépendante d'électricité entre l'Etat du Sénégal et Greenwich Turbine Inc (GTI) l'approvisionnement en combustible a suivi un schéma relativement complexe. La société GTI a le privilège de structurer tous les contrats relatifs au combustible de telle sorte que SENELEC, plutôt qu'elle, "prenne juridiquement possession du combustible au moment du transfert de propriété par le fournisseur ou transporteur du combustible au lieu d'entrée sur le territoire du Sénégal. Il est, par ailleurs, mis à la charge de SENELEC les impositions de toute sorte ayant trait à la possession, à l'importation, au transport et en effectuera directement le règlement et elle sera en droit de recevoir tous les versements relatifs à la stabilisation aux restitutions, subventions et paiements similaires et aux avantages accordés par les autorités gouvernementales concernant le combustible. Voir, Latsoubé FALL, Ibrahima CISSE, Mamadou LY et Benoit-Pierre GUÉYE, le montage global d'un projet de production indépendante: l'expérience de SENELEC, in Investissements et nouveaux aspects contractuels dans les industries électriques africaines. BAD et autres 1998. p.265.

⁸⁴⁶ C'est pourquoi, on parle de contrat *supply or pay* – A titre d'exemple "If following the commercial operations initial gas flow date seller fails to provide the buyer neither with it's full gas requirement nor with alternate fuel to enable the buyer to comply with the dispatch requirement, testing and commissioning requirements under the

finalité est considérée comme des dommages et intérêts prédéterminés⁸⁴⁷. La conclusion de ce contrat ne nécessite pas un appel d'offres au cas où l'exploitation du projet est assurée par la société de projet elle-même, la société acheteuse est choisie par l'autorité concédante à l'occasion de la conclusion du contrat de concession ou Accord de projet. Ce contrat d'approvisionnement quoique signé avec l'autorité publique, s'insère dans le droit privé puisqu'il ne contient pas de clauses exorbitantes de droit. Il ne peut donc être qualifié de contrat administratif, car celui-ci suppose que la fourniture s'effectue en faveur d'une autorité publique et non le contrat comme dans le contrat *supply or pay*⁸⁴⁸.

635. D'évidence, le contrat d'approvisionnement ou contrat, *supply or pay* doit avoir une longue durée, ou mieux égale à celle de la concession. Cette disposition aura le mérite d'éviter que le fonctionnement des installations soit interrompu si la durée du contrat *supply or pay* est inférieure au contrat de concession.

2) La relation entre le contrat *supply or pay* et les autres contrats du projet

636. Dans la recherche d'équilibre optimal des intérêts des intervenants au projet, il est nécessaire d'harmoniser les stipulations du contrat *supply or pay* avec les autres contrats en tant que ce dernier est un contrat non détachable parmi tant d'autres, dans le complexe contractuel⁸⁴⁹ pour le projet.

a) Le contrat *supply or pay* et l'Accord de projet

637. Le contrat *supply or pay* découle du contrat de concession ou Accord de projet. Il est d'ailleurs, conclu avant que le financement ne soit obtenu ou que les travaux de construction ne commencent. C'est pourquoi une stipulation de l'Accord le projet soumet la prise d'effet de ce dernier à l'entrée en vigueur du contrat *supply or pay*. Aux termes de l'Accord de projet, les parties conviennent les parties conviennent que la société de projet est obligée, par le contrat *supply or pay* de communiquer au fournisseur toutes informations sur les caractéristiques du combustible à fournir et que l'autorité concédante s'efforcera de donner à

power purchase agreement, seller shall pay to the buyer only extra costs by the buyer because of much failure". Article 6.7 du contrat *supply or pay* entre Egyptien General Petroleum Corporation et la société responsable de la construction et l'exploitation Interger Sidi Krin.

⁸⁴⁷ Une clause pénale selon le droit commun.

⁸⁴⁸ Il s'agit, en réalité, d'un contrat de vente de droit civil.

⁸⁴⁹ Ce complexe de contrat implique donc l'indivisibilité des contrats.

la société de projet toutes les informations lui permettant d'exécuter ses obligations résultant du contrat *supply or pay*. Si la défaillance de la société de projet donne lieu à la résiliation du contrat de concession ou accord de projet par l'autorité concédante, sa défaillance, comme partie au contrat *supply or pay*, n'aura pas le même effet si elle résulte du fait du fournisseur : « *cash of the following events of default by the company (...), however, that no such event be or a company event of default here under (i) it result a breach by the fuel supplier of the fuel supply Agreement...* » Une telle stipulation démontre à quel point les deux contrats s'influencent.

b) Le contrat *supply or pay* et le contrat *take or pay*

638. Le contrat *take or pay* contient des stipulations ayant pour objet de fixer les qualités des produits générés par le projet. De ce fait, le contrat *supply or pay* doit donc veiller à ce que les qualités du fuel à fournir puissent donner les produits escomptés. Il doit alors prendre en compte toutes les spécifications et les délais pour la fourniture du fuel, stipulés dans le contrat *take or pay*. Une matière première non-conforme et non livrée dans les délais aura pour effet l'arrêt de fonctionnement des installations.

En vertu de ce lieu d'interdépendance, la résiliation de l'un entraîne subséquemment la fin de l'autre⁸⁵⁰.

c) Le contrat *supply or pay* et le contrat de prêt

639. Dans tout projet CET, la stratégie des prêteurs est d'orienter tous les droits de la société de projet découlant des différents contrats vers le remboursement des dettes du projet et à sauvegarder tous les contrats sujets à résiliation. De ce fait, des stipulations du contrat de prêt sont transposées dans le contrat *supply or pay*. En d'autres termes, le contrat *supply or pay* doit traduire aussi les exigences des prêteurs. Alors, si les parties du contrat *supply or pay* conviennent d'interdire toute cession de droits ou obligations résultant de ce contrat sous le consentement de l'autre, cette interdiction ne doit pas prendre effet à l'encontre des prêteurs. Au surplus, comme les banques qui interviennent dans le contrat de construction, les prêteurs

⁸⁵⁰ On peut citer à ce propos, une stipulation d'un contrat *supply or pay* « *giving rise or termination notice of the PPA (Power Purchase Agreement) between the Buyer and EEA. Buyer should notify the Seller to terminate the Fuel supply Agreement.* »

pourront intervenir dans l'exécution du contrat *supply or pay* afin de corriger les difficultés éventuelles.

640. En pratique, l'autorité vendeuse du fuel ne sera, en cas de défaillance de la société de projet acheteuse, en mesure de mettre fin, au contrat *supply or pay* qu'après avoir communiqué aux prêteurs son intention de mettre fin au contrat. Dès lors, les prêteurs ont un délai pour essayer de pallier la défaillance de la société concessionnaire acheteuse. Ce délai peut être de 60 jours en cas d'absence de remboursement du prix du fuel et 90 jours dans d'autres cas. En tout état de cause, ce délai commence à courir à partir de la communication de la volonté de mettre fin au contrat. Un délai supplémentaire de 90 jours peut être accordé aux prêteurs si la défaillance de la société de projet paraît remédiable, et si les prêteurs et leurs représentants réalisent un progrès vers la solution de la défaillance.

B – L'exécution du contrat *supply or pay*

641. Le contrat *supply or pay*, de par son importance, impose un certain nombre d'obligation à ses parties. Il n'est exempt des difficultés à l'occasion de son exécution.

1) Les obligations des parties

642. On envisage successivement les obligations de la société de projet acheteuse et celles de l'organisme public vendeur.

a) Les obligations de la société de projet acheteuse

643. L'obligation principale de la société de projet acheteuse est de payer le prix du fuel fourni. Le ministre compétent exerce une prérogative en matière de la détermination du prix dans le contrat *supply or pay*⁸⁵¹. Ceci tient au fait que le vendeur est un organisme public. Parallèlement, seule une décision analogue peut modifier le prix. La société de projet doit aussi prendre livraison du fuel convenu. À défaut, elle doit payer le prix des quantités refusées: « *the annual take or pay deficiency for contract year shall be paid for by buyer...* » Le contrat *take or pay* établit un équilibre entre les intérêts des parties. Ainsi si l'organisme

⁸⁵¹ Cette approche est contraire à celle qui a lieu en matière de vente où les parties déterminent librement leur contrat.

public vendeur est tenu de supporter les charges financières résultant de l'obtention du fuel d'une autre source en cas de défaillance, la société de projet acheteuse est obligée de payer les quantités de fuel refusées, sauf en cas de non-conformité de celui-ci avec les spécifications du contrat. La société de projet acheteuse est tenu de payer les taxes royautés, les polices d'assurance et tout autre somme résultant de transport du fuel jusqu'au site du projet. Enfin dans le cadre du financement de projet, la confidentialité des documents contractuels revêt une grande importance. Les parties au contrat *supply or take* sont donc tenues de ne pas dévoiler tout ou partie des dispositions de ce contrat à aucune autre personne. Le consentement de l'autre est exigé.

b) Les obligations de l'organisme public vendeur

644. L'obligation caractéristique ou fondamentale du contrat *supply or pay* est celle qu'à l'organisme public vendeur d'acheter la matière première nécessaire et de la mettre à la disposition de la première nécessaire et de la mettre à la disposition de la société de projet. Cette obligation est de la même portée que celle qu'a l'autorité concédante d'accorder à la société concessionnaire le droit d'exploitation du projet, celle qu'a le constructeur d'achever les travaux dans les limites du budget et du délai prévu et de celle qu'a l'exploitant aux termes du contrat d'exploitation. L'organisme public n'est pas seulement de mettre à disposition la matière première mais aussi et surtout la matière première en quantité et qualité prévues par le contrat. A défaut, l'organisme public sera mené à compenser la société acheteuse de toutes pertes et charges résultant d'une matière première non-conforme en dernier lieu, l'organisme public ne peut céder ses droits et obligations que de commun accord et de respecter la confidentialité.

2) Les causes de disparition du contrat *supply or pay*

645. A l'occasion de l'exécution du contrat *supply or pay*, des difficultés peuvent surgir et faire obstacle à la réussite du projet. Ces difficultés auront pour effet de suspendre cette exécution ou exonérant des parties de l'exécution de leurs obligations. Il peut s'agir de force majeure (a), de la faute de l'une ou de l'autre partie (b) ou le changement opérer dans la législation (c).

a) La force majeure

646. La force majeure est tout événement, action ou circonstance qui ne peut être raisonnablement contrôlés pour la partie qui en est affectée, à cause de son caractère irrésistible, imprévisible et exogène⁸⁵².

Cet événement doit avoir pour conséquence la défaillance de la partie concernée à remplir ses obligations contractuelles « *forces majeure means an event or circumstance which is beyond the responsible control of a party resulting in or causing failures by the party concerned to perform any of its undertakings or other obligations under its agreement.* » Parmi les événements qui peuvent constituer un cas de force majeure et souvent cités dans le contrat *supply or pay*, on peut citer les cataclysmes naturels (tremblement de terre, tempête, incendie etc.), les conflits armés (guerre, rébellion, révolution, commotion etc.), les conflits de travail (grève, troubles du travail etc.). Lorsque la force majeure est réalisée, la partie victime sera exonérée et l'exécution du contrat se trouve suspendue pendant la durée de cet événement⁸⁵³. Mais cette exonération ne s'étend pas à l'incapacité de payer les sommes valablement dues avant la survenance du cas de force majeure. Par contre, la suspension de l'exécution aura pour effet de prolonger les délais d'exécution. Tout dépend alors de la durée de la suspension. Il faut, tout de même noter que la suspension des obligations ne peut se prolonger indéfiniment⁸⁵⁴. Si les circonstances de force majeures n'ont pas pris fin, le contrat doit être résilié ou renégocié.

On constate donc que la force majeure peut affecter l'exécution du contrat *supply or pay* mais aussi les contrats de concession CET ou Accord de projet et *take or pay*. C'est pourquoi les prêteurs exigent aux promoteurs de couvrir le risque de la force majeure.

b) La faute de l'une des parties

647. Dès qu'il existe un cas de faute de la part de l'organisme public vendeur ou de la société concessionnaire acheteuse, la partie cocontractante victime peut, après avoir informé l'autre partie, mettre fin au contrat, « *upon occurrence of a buyer event of default or seller*

⁸⁵² Nicolas SOLOLOW, La force majeure dans les contrats entre sociétés occidentales et centrales commerciales soviétiques. DPCI N°3, 1978 pp 323 et S, Philippe KAHN Force majeure et contrats internationaux de longue durée, JDI N°3 1975, p 467 et S Marcel FONTAINE, Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, DPCE N°4, 1979 pp 469 et S.

⁸⁵³ Marcel FONTAINE, op.cit, 1979 p 485, Philippe KAHN, op.cit. 1975. p 475

⁸⁵⁴ Idem p.488.

event of default that in not cured (...) the non-defaulting party may, at its option, initiate termination of this agreement by delivering a written notice of its intent to terminate this agreement to defaulting party ». Généralement, en pratique, le contrat *supply or pay* énumère les cas fautifs d'une partie ou de l'autre. Sont considérés comme des cas de faute pour la société de projet la liquidation de la société de projet à la suite de la décision de ses actionnaires la demande formulée par la société de projet d'un délai pour pouvoir acquitter le prix du contrat, la désignation d'un liquidateur pour procéder à la liquidation de la société de projet acheteuse.

Ces événements auront un effet extinctifs à condition qu'ils n'aient pas été provoqués par la fusion de la société de projet avec une autre société, l'invalidité des indications, certification, conventions et garanties données par la société de projet, le non-paiement du prix du contrat.

c) Le changement de lois

648. Pendant l'exécution du contrat *supply or pay*, le gouvernement du pays d'accueil du projet peut modifier ou promulguer des lois pouvant influencer la capacité de la société de projet acheteuse à exécuter ses obligations résultant du contrat *supply or pay*. Il peut s'agir à cet effet d'exigence de nouvelles conditions relatives au renouvellement, à la modification à la prolongation des autorisations ou approbations, ayant pour effet d'augmenter les charges financières subies par la société de projet acheteuse et concernant le fonctionnement ou la maintenance des installations. Le changement préjudiciable des lois en vigueur lors de la conclusion du contrat *supply or pay* entraîne, comme dans le cas de force majeure, l'irresponsabilité de la société de projet acheteuse de toute perte ou retard dans l'exécution de ses obligations et la prolongation des délais prévus pour cette exécution.

Paragraphe II : La stratégie contractuelle de commercialisation du *cash flow* du projet : le contrat *take or pay*.

649. L'insuffisance du *cash flow* constitue une grande inquiétude des prêteurs car c'est de ce *cash flow* qu'ils seront remboursés. Cette insuffisance peut compromettre irrémédiablement le projet. Cette insuffisance peut résulter d'une mauvaise estimation de la rentabilité du projet, de fluctuation du marché interne au cours de la période de l'exploitation c'est pourquoi, la société de projet, sous la pression des prêteurs, fait intervenir un tiers qui

s'engage à acheter les produits ou à utiliser les services du projet à travers le contrat dit *take or pay*.

Pour cerner ce mécanisme contractuel et sous intérêt, on abordera la notion de contrat take or pay (Sous paragraphe I) et ses avantages pour les parties dans les projets CET (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I – La notion de contrat *take or pay*

649. Ce contrat constitue un élément plus qu'indispensable dans l'exploitation de projet CET. Nous l'étudierons en envisageant sa caractéristique (A) et les obligations des parties. (B).

A – La caractéristique du contrat *take or pay*

650. Le contrat *take or pay* peut être appréhendé à travers sa définition et l'identification de ses parties.

1) Définition du contrat *take or pay*

651. La technique contractuelle dit *take or pay*, « se traduit par le paiement des quantités non enlevées au cours de la période de référence à des prix variables selon l'écart constaté par rapport aux prévisions, mais en toute hypothèse réduite par rapport à ceux facturés au titre d'enlèvement effectif. »⁸⁵⁵ Encore appelé contrat d'achat⁸⁵⁶, le contrat *take or pay* est très souvent utilisé pour les projets de centrales électriques ou de télécommunication et d'autoroute d'énergie. Aux termes de ce contrat, la puissance publique concédante s'engage à payer à la société exploitante une consommation annuelle minimale permettant de remboursement des prêteurs et une rémunération remboursement des prêteurs et une rémunération équitable de capitaux investis. Dans l'objectif de faciliter la mise en œuvre de ce mécanisme et d'écarter les litiges qui peuvent surgir entre les parties, le contrat take or pay comporte des paramètres quantitatifs et des paramètres qualitatifs⁸⁵⁷. Relativement aux

⁸⁵⁵ Patrick BLANCHARD, op. cit. RDA n°4 et 5 1998 p.436.

⁸⁵⁶ Ce contrat formalise, en réalité, une véritable relation de sous-traitance

⁸⁵⁷ Le contrat signé le 13 décembre 1997 entre SENELEC et le producteur privé GTI a pour objet la construction d'une centrale de 50 Méga Watt, son exploitation pendant quinze ans la vente de l'énergie à SENELEC

paramètres quantitatifs, on met à la charge de la puissance publique l'obligation d'enlever annuellement, hebdomadairement ou quotidiennement une quantité des produits générés par le projet. Cette quantité doit être payée quoiqu'il arrive, qu'elle soit enlevée ou non.

Les paramètres qualitatifs, quant à eux, permettent d'assurer à la puissance publique en contrepartie de l'acceptation de l'obligation *take or pay*, une exclusivité d'approvisionnement et de distribution ou à mettre en place une procédure déterminant les conditions dans lesquelles le vendeur et l'acheteur procéderont réciproquement à la mise à dispositions et à l'enlèvement des fournitures. En prenant en considération, la nature du projet, il existe un certain nombre de notions qui sont équivalentes au mécanisme *take or pay*. Dans le domaine des contrats de service, concernant l'utilisation des capacités de transport proposées par le pipe-line, on trouve le mécanisme *through put agreement*⁸⁵⁸ d'après lequel l'utilisateur est obligé de payer sur simple demande du *trustee* même en l'absence de toute prestation de la part du contractant. Aussi, dans les projets énergétiques, les parties ont l'habitude de recourir à la clause *hell-or-high-water* conformément à laquelle l'acheteur s'engage inconditionnellement à payer les produits ou services issus du projet financé. Au contraire du contrat *take or pay* où l'acheteur s'engage inconditionnellement à payer les produits ou service du projet même si ceux-ci ne sont pas fournis, l'acheteur dans le contrat *take and pay* s'engage conditionnellement à payer à l'exploitant les produits ou services effectivement délivrés. L'acheteur ne s'engage donc pas à payer les produits non délivrés. Dans le contrat *take and pay*, la naissance d l'obligation de paiement ou d'achat de la fourniture est subordonnée à la livraison réelle et effective de la fourniture par le fournisseur⁸⁵⁹. En revanche dans le contrat *take or pay* l'obligation de paiement doit être exécutée, abstraction

(acheteur unique) et le transfert de la propriété à la fin du contrat. Ce *Power Purchase Agreement* (contrat d'achat d'électricité) est une convention composite, qui a tenté d'appréhender et de régir de manière les résultats entre SENELEC et le producteur privé. Ce contrat a été rédigé de telle sorte qu'il puisse être par les bailleurs de fonds. Ils ont un droit de regard. L'absence au Sénégal, d'un cadre spécifique pour ce genre de projet a obligé de préciser, en plus près, les obligations contractuelles des parties et à faire en sorte que le contrat puisse presque se suffire à lui-même. Le *Power Purchase Agreement* a été mis en vigueur dès sa signature. Toutefois, le contrat ou la clause *take or pay* peut révéler des contre-effets par exemple en matière de production d'énergie électrique. Il s'agit de l'éloignement de l'exploitation en ordre de mérite du système électrique, système dominé par la production indépendante et détenant des capacités hydrauliques aux apports irréguliers d'une année à l'autre. C'est pourquoi, ce contrat doit être suffisamment détaillé pour traiter de tous les événements majeurs susceptibles de survenir, équilibré entre l'investisseur et l'acheteur, équitable et raisonnable en ce qui concerne la répartition des risques et les responsabilités.

⁸⁵⁸ François DESSAULT, L'obligation d'achat dans certains contrats internationaux de fournitures. RDAI n°1, 1998 pp. 6 et 7.

⁸⁵⁹ Marc VERGIER, le financement avec engagement d'utilisation, DPCI ; Marcel SARMET, les techniques nouvelles de financement privé d'ouvrages publics permettant la coopération entre secteur public et secteur privé. in Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1993, Colloque de Paris des 26 et 27 Mars 1990 organisé par FEDUCI, FEE 1991 p.98.

faite de la délivrance ou non de la fourniture. Quelque soit le caractère de l'obligation de l'acheteur dans les deux contrats, leur but est de garantir dans les deux contrats, leur but est de garantir un niveau suffisant des flux financiers pour rembourser les créanciers du projet et faire faire aux dépenses de fonctionnement des installations du projet.

2) Les parties au contrat

652. Les parties au contrat *take or pay* sont la société de projet et/ou société exploitante et la puissance publique concédante⁸⁶⁰. La vente des produits ou de services du projet à la puissance publique est nécessaire, voire inéluctable. Le contrat de vente est nécessaire car la société de projet se trouve dans l'impossibilité de commercialiser tout ou partie de sa production auprès d'autres clients⁸⁶¹. Le contrat de vente est inéluctable pour les projets non rentables⁸⁶² où la puissance publique concédante garantit à la société de projet un prix d'achat stable et un minimum de consommation annuelle en produits ou en services.

A ce propos, on trouve dans le contrat *take or pay* des dispositions fixant un seuil à partir duquel s'appliquera le principe *take or pay*. De plus, l'unicité du client dans le projet CET est utile. Elle facilite la cession des créances aux banques prêteuses. Cependant, le souci de la société de projet l'incite, parfois à associer d'autres acheteurs à la puissance concédante avec l'accord de celle-ci. On peut aussi noter le monopole que possède la puissance publique dans le domaine des services publics faisant toujours l'objet de projet CET. Elle tient, dans le contrat de concession CET, à empêcher la société de projet de vendre ses produits à une entité quelconque sans son consentement préalable : « ... *the company shall not, without the priori written consent of EEA, sell or deliver electric energy produced by the complex to any entity other than EEA.* »⁸⁶³. Toutefois, la conclusion du contrat *take or pay* avec la puissance concédante ne signifie pas que la société de projet sera soumise au contrôle des prix et tarifs par les pouvoirs publics dans le pays d'accueil du projet. Ce contrôle ne s'applique pas à la société exploitante. Dans la plupart des contrats CET, des stipulations confient à la société exploitante le droit de fixer librement le prix des produits ou le tarif de l'utilisation des services du projet.

⁸⁶⁰ Il s'agit, généralement, par exemple de l'organisme public de l'électricité si l'objet du projet est de construire une génératrice, voir Stephen STEIN, Build-operate-Transfer (BOT) a re-evaluation LCLR part 2 1994 p.106.

⁸⁶¹ Patrick BLANCHARD, op.cit RDAI 1998 p 430.

⁸⁶² Surtout si on prend en compte le fait que le financement du projet est sans recours ou à recours limité contre la société de projet, car dans ce cas là, le remboursement des créanciers du projet s'appuie sur les recettes générées par le projet.

⁸⁶³ L'article 3.1 du contrat de vente de l'électricité dans le projet de Sidi Krin et l'article 3.2 du contrat de vente dans le projet de Suez Gulf en Egypte.

Par exemple, l'article 12 du contrat de concession passé entre les Etats français et britannique, et les concessionnaires Eurotunnel SA et Eurotunnel PCI prévoient que « les concessionnaires peuvent fixer librement leurs tarifs, leur politique commerciale et la consistance des services offerts. En particulier, les lois et règlement relatifs au contrôle des prix et des tarifs par les pouvoirs publics ne s'appliquent pas à la liaison fixe. »

B – Les obligations des parties nu contrat *take or pay*

653. La principale obligation qui résulte du contrat *take or pay* est celle souscrite par la puissance publique à payer à la société de projet un certain montant. On envisage successivement les caractères de cette obligation les garanties que la société de projet exige pour s'assurer de l'exécution de cette obligation et de sa validité.

1) Les caractères de l'obligation principale

654. Aux termes de ce contrat, la puissance concédante s'engage à payer périodiquement à la société exploitante des sommes prédéterminées en contrepartie des biens ou services générés par le projet même si elle n'utilise pas tel service ou n'enlève pas ces biens⁸⁶⁴. Ces paiements comportent un certain nombre de caractéristiques. En premier lieu, l'obligation de paiement est une obligation inconditionnelle. Cette inconditionnalité résulte des clauses dites *exclusion of defense*⁸⁶⁵. Par cette clause, la société exploitante est à l'abri de toute contestation de la part de la puissance publique acheteuse. Celle-ci devra exécuter l'obligation de paiement en toute circonstance même si les installations ne sont pas utilisables, en cas de force majeure est survenu. La puissance publique est également empêchée de procéder à une compensation entre cette obligation de paiement et n'importe quelle obligation par la société exploitante vis-à-vis d'elle. L'obligation de paiement mise à la charge de la puissance concédante est

⁸⁶⁴ A ce propos, la puissance publique acheteuse a la possibilité de rattrapage « make-up ». Elle consiste à permettre à la puissance publique, empêchée, de prendre la livraison et d'avoir accès inconditionnellement, et conséquemment au titre du contrat *take or pay*, à des quantités de produits en remplacement des quantités non prise par elle à l'origine. Pour que la puissance publique puisse se prévaloir de cette possibilité, il faut qu'elle l'envisage dès la négociation du contrat. A défaut, elle ne peut pas revendiquer des livraisons supplémentaires. V. François DESSAULT, op.cit, RDAI 1998 pp11.

⁸⁶⁵ Marcel SARMET, les financements internationaux de projet en Europe, Banque n°392 1980 p184 ; Cauille JAUFFRET-SPINOSI et Claude KELLY, La protection contractuelle, in les euro-crédits : un instrument du système bancaire pour le financement international. Librairies Techniques, Paris Colloque Dijon, 1980 p525.

complètement détachée de la cause du paiement qui est mise à disposition des produits en services générés par le projet en quantités et en qualités convenues.

Tous ces caractères sont résumés dans la clause *exclusion of defense*. Cette clause peut être ainsi libellé « aucun des engagements de payer assumé par toute partie des engagements de payer assumé par toute partie dans *the throughput agreement* ne sera affecté ou annulé par la défaillance, l'impossibilité ou l'impraticabilité de transporter le pétrole quelle qu'en soit la raison y compris, mais sans limitation la non-réalisation, la destruction, le non-fonctionnement, le changement dans la propriété ou dans le contrôle du pipe-line, la faillite de la société propriétaire, sa liquidation, l'avènement d'une force majeure ou de toute autre circonstance qui aurait pour résultat de rendre impossible l'exécution du contrat par importe que de tels paiements aient été expressément déclarés comme devant être considérés comme des avances de paiement pour l'utilisation du pipe-line. Si la clause dite *exclusion of defense* empêche la puissance concédante acheteuse de se prévaloir de l'*exception non adimpleti contractus* lui permettant de ne pas exécuter son obligation au cas où le vendeur n'a pas exécuté la sienne ou de la suspendre en cas de force majeure, elle ne l'empêche pas à mettre en cause la responsabilité de la société exploitante par recours juridictionnel en cas de préjudice. Pour écarter un tel recours, qui peut vider le contrat take or pay de son intérêt la puissance concédante doit y renoncer purement et simplement. Afin de modérer la rigueur juridique des obligations du contrat take or pay, surtout si le projet se déroule dans un pays où les fluctuations de prix sont fréquentes, une clause de renégociation doit être insérée dans le contrat. Celle-ci va à la fois dans l'intérêt de l'acheteur et du vendeur. Celui-ci peut subir des dommages résultant de la hausse de prix et l'acheteur peut assumer des préjudices issus de la baisse des prix⁸⁶⁶.

655. La rigueur juridique du contrat take or pay peut être également modérée par la division des paiements effectués par l'acheteur en deux catégories. La première consiste à obliger l'acheteur à payer un montant fixe annuel. La deuxième est de fixer un montant variable dépendant des quantités effectivement délivrées. C'est le cas du financement du projet du Tunnel sous la manche où les sociétés des chemins de fer français et anglais ont passé avec the channel Tunnel Groupe Ltd un contrat d'utilisation du tunnel (*Railways usage contracts*) pour lequel elles paient à the channel tunnel Groupe un droit d'utilisation fixe

⁸⁶⁶ Dans l'exécution du projet Eurotunnel, la société de projet a demandé la renégociation de la convention conclue le 29 juillet 1987 du fait des préjudices qu'elle a subis au niveau du prix fixé dans le contrat. Elle demande l'augmentation de 55% des péages contractuels fixés. Voir Pierre-Henri GANEM, Financement de grands projets internationaux, RDAI, N°5, 1996 p.678.

comme susmentionné⁸⁶⁷. Ces paiements effectués par la puissance publique en sa qualité d'acheteuse dans le contrat *take or pay* peuvent être acquittés à l'avance. Cette obligation est le résultat de l'existence d'une clause dite *advances payments*. Par cette clause, la puissance condédante s'engage à verser à la société exploitante sur première demande et à tout moment, même pendant la période de construction, des paiements d'avance sur tarifs futurs correspondant aux échéances de la dette de la société de projet emprunteuse au cas où pour une raison ou une autre les tarifs seraient insuffisants⁸⁶⁸. Enfin, ces paiements sont directement acquittés, non pas au profit de la société de projet, mais des banques prêteuses qui sont représentées par le *Common Trustee*. Les créanciers du projet atteignent par la conclusion, avec la société concessionnaire ou société de projet, d'un contrat de cession de créance ou *Assignment* par lequel elle leur cède ses créances auprès de l'acheteur. Le *common Trustee* gère ces paiements dans l'intérêt des créanciers et les transfère ultérieurement à ceux-ci. D'ailleurs, ces paiements peuvent être virés sur des comptes dits *offshore*⁸⁶⁹.

2) Les garanties d'exécution de l'obligation principale

656. Du fait que la puissance publique peut devenir défaillante, les banques prêteuses, par l'intermédiaire de la société concessionnaire ou société de projet, exigent l'intervention de la banque centrale du pays contractant pour garantir les obligations résultant du contrat *take or pay*. Aux termes de cette garantie, la Banque Centrale s'engage inconditionnellement et irrévocablement à payer à la société de projet toutes les sommes issues de ce contrat et les dommages et intérêts accordés par un médiateur ou un arbitre en cas de défaillance de celle-ci. La banque centrale se porte donc garante de la caution. Toutefois, ce cautionnement déroge aux règles juridiques gouvernant le cautionnement en général.

657. En règle générale, l'obligation de la caution est subordonnée à l'obligation principale. Donc toute caducité ou résiliation de celle-ci entraîne par conséquent la nullité et la résiliation de l'obligation de la caution. Au contraire, la Banque Centrale obligée de payer la société de projet, abstraction faite du sort de l'obligation principale. D'autre part, selon les règles du cautionnement, elle a le droit de soulever les exceptions dont peut se prévaloir la société de

⁸⁶⁷ Voir la description détaillée de la structure contractuelle et financière du financement du projet d'Eurotunnel ; Pierre-Henri GANEM op. cit. RDAI. 1996, pp673 et S.

⁸⁶⁸ Marcel SARMET. op.cit. Banque 1980 p 184

⁸⁶⁹ Ceux-ci sont ouverts à l'extérieur du pays d'accueil du projet.

projet⁸⁷⁰. Le cautionnement ne se fonde pas sur l'*intuitus personae*. Par conséquent, tout changement affectant la structure juridique de l'autorité concédante n'aura pas pour effet de libérer la banque centrale de la caution. Toutefois, malgré, l'inconditionnalité et l'irrévocabilité de l'obligation de la banque centrale, la société de projet est obligée de se retourner préalablement contre l'autorité concédante. Parfois, pour renforcer l'obligation de la banque centrale, la tendance est de souscrire les obligations indépendantes du contrat take or pay à la banque centrale. Ces stipulations visent à écarter toute influence d'un quelconque événement sur la convention garantie pouvant affecter l'autorité acheteuse ou la société de projet. Relativement à l'autorité concédante, sa défaillance à honorer ses obligations aux termes du contrat take or pay ou à respecter les exigences contenues dans une loi, règlement, sa liquidation ou privatisation, le rétablissement ou le changement de sa forme juridique n'aura aucun effet sur la convention garantie. Quant à la société de projet, sa défaillance à exécuter ses obligations aux termes du contrat take or pay et son retard dans l'exécution, la confirmation ou l'exercice d'un droit ou une possibilité stipulée dans le contrat take or pay n'auront également aucune incidence sur la convention de garantie.

3) La validité controversée du contrat *take or pay*

658. La validité du contrat *take or pay* est discutée. Car la puissance publique accepte de s'engager sans cause. Apparemment, les parties s'engagent l'une à délivrer les produits ou de mettre à la disposition de l'autre les services ou produits générés par le projet et l'autre à payer un montant prédéterminé. Toutefois, l'obligation de payer est inconditionnelle. La validité de ces contrats n'est contestée en droit anglais ou américain car la *common law* n'exige pas l'équivalence des prestations⁸⁷¹.

659. Conformément au *common law*, la considération est indispensable pour qu'un contrat soit valable, mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit adéquate ou équivalente à la promesse faite ou à l'acte accompli par l'autre partie. Elle doit avoir une certaine valeur, être licite⁸⁷², être passée⁸⁷³ et émaner de celui à qui la promesse est faite⁸⁷⁴. Par contre, en droit français et

⁸⁷⁰ Par exemple l'exception de compensation.

⁸⁷¹ Sur le système juridique anglais en général, voir Henri LEVY-ULLMAXN, *Le Système juridique de l'Angleterre*. LGDJ. 1999.

⁸⁷² Si la Considération est, illicite, le contrat tout entier ne sera pas valable.

⁸⁷³ La considération est passée si elle est intégralement exécutée et qu'elle est achevée avant que la promesse ne soit faite.

⁸⁷⁴

francophone, en raison de l'importance de la notion de cause⁸⁷⁵, la validité de l'obligation inconditionnelle souscrite par la puissance publique est mise en cause. En se fondant sur les mobiles des parties, le contrat *take or pay* qui met à la charge la puissance la société exploitante un montant en toute circonstance est nul.

660. A notre avis, le contrat *take or pay* est un contrat valable, pour diverses raisons.

Il faut, tout d'abord, distinguer entre la cause de l'obligation et la cause du contrat⁸⁷⁶. La première est définie comme étant le but abstrait et direct qui conduit le contractant à s'engager. Par exemple dans le contrat de vente, le vendeur transmet la chose, sa propriété, en vue d'obtenir le prix, et l'acheteur paie le prix afin d'avoir le produit. En revanche, la cause du contrat est le but principal incitant de contractant à conclure. Cet objectif diffère d'une partie à l'autre. Par exemple, une personne fin d'obtenir le prix l'argent) pour partir en voyage, une deuxième vend pour se marier et une troisième pour acheter une nouvelle voiture. Les deux causes sont, en effet, remplies dans notre cas. La première concédante a un but abstrait et direct, c'est la cause de l'obligation (l'obtention des produits ou services présentés par le projet). Elle a aussi un but principal, c'est la réussite du projet surtout si elle participe au capital de la société de projet comme partenaire. La puissance publique concédante accepte de s'engager aux termes de ce contrat pour attirer les investisseurs étrangers dans des projets onéreux et utiles au développement. Elle veut également se décharger de la mise en place de tels projets exigeant une haute technologie. On ne doit pas non plus considérer le contrat *take or pay* isolément dans la recherche de sa cause ou non- on doit prendre en compte l'ensemble de l'opération pour comprendre⁸⁷⁷ si la puissance publique s'est ou non sans cause. En droit français et francophone, l'idée de cause ne se limite pas aux préoccupations objectives et directes conduisant les parties à s'engager, mais elle prend aussi en considération les mobiles et les buts indirects ou vertu desquels elles contractent. Enfin, même s'il n'y a pas de cause pour l'obligation de la puissance publique dans le droit des affaires, l'acte abstrait est reconnu valable. Il en est aussi par exemple, l'obligation des banques envers le bénéficiaire de crédit documentaire et l'obligation de délégué envers de délégataire.

⁸⁷⁵ Charles WORTH, le droit anglais des affaires par Clive M. SCHMITTHOFF et David A.G.SARRE, René DAVID, Les contrats en droit anglais, LGDJ, 1985, po

⁸⁷⁶ Aux termes de l'article.

⁸⁷⁷ En vertu de l'indivisibilité des contrats conclus pour le projet en BOT.

Sous paragraphe II : Les avantages du contrat *take or pay*

661. Le contrat *take or pay* met en place un système de sanction particulier ayant pour objet de permettre la détermination contractuelle des conséquences de l'inexécution de l'obligation d'achat ou de paiement souscrite par la puissance publique concédante. La sanction est d'obliger l'acheteur à payer 100% de la valeur des produits ou des services présentés par le projet⁸⁷⁸. Le contrat *take or pay* constitue alors un instrument de sécurité du commerce des produits et services du projet. Il est utile et intéresse autant les prêteurs que l'emprunteur surtout dans les projets sans recours contre la société de projet.

A – L'intérêt du contrat *take or pay* pour les banques prêteuses

662. Les projets d'infrastructures sont, en général, caractérisés par la faiblesse de leur rentabilité. C'est pourquoi, le contrat *take or pay* revêt, pour le prêteur une grande importance, dans la mesure il leur assure une stabilité du prix des services du projet, et leur évite aussi des conséquences de la faillite de la société de projet et l'absence de clientèle captive.

1) La stabilisation du prix des services et produits du projet

663. Le but principal du contrat *take or pay* est de fixer sur prix suffisant et certain et d'assurer la viabilité financière du projet. L'objectif est d'assurer aux banques prêteuses le remboursement de leurs dettes. Cette certitude ne fonde sur le caractère inconditionnel de l'obligation d'achat ou de paiement souscrite par la puissance publique concédante. En effet, le caractère inconditionnel de l'obligation de paiement permet d'assurer aux banques prêteuses l'automatisation d'une garantie classique⁸⁷⁹ puisque l'obligation de paiement ne subit aucune exception de la part de l'acheteur.

⁸⁷⁸ François DESSAULT, op.cit.RDAt 1998,p4. L'auteur cite la clause suivante : « *in respect of any Contract year, if the quantity of naturel gas delivered by the seller to the Buyer under this agreement falls short of the annual Take or pay quantity (such short fall being referred to as the "annual deficiency"), the Buyer shall in accordance with the provision of article (b) (bidding and payment). Pay the seller a sum equal to the product of the price in effect during that contract year and (b) the amount of the annual deficiency* ».

⁸⁷⁹ Pascal DENIAU, op.cit. 1990 p.298.

2) Le contrat *take or pay* : une solution aux conséquences de la faillite de la société de projet

664. D'évidence, le contrat *take or pay* met les prêteurs à l'abri de la défaillance de la société de projet, et les éloigne du concours des autres créanciers du projet. Dans la mesure où elles sont, une tenue de contrat de cession. Propriétaires de revenus du projet, les banques prêteuses sont protégées des conséquences de la faillite. Les paiements effectués par la puissance concédante aux termes de ce contrat ne passent pas au patrimoine de la société de projet. Ils sont payés directement aux trustees qui représentent les banques prêteuses. En cas de faillite de la société de projet, ces paiements ne constituent donc pas un élément du patrimoine. Les banques prêteuses ne seront alors pas gênées par le concours d'autres créanciers du projet. Le seul risque qui menace ces paiements est les prérogatives juridiques⁸⁸⁰ que le syndic de la faillite bénéficie vis-à-vis des contrats conclus ou des obligations souscrites par l'emprunteur. Conformément aux lois de certains pays, le syndic a les choix de résilier ou de poursuivre les contrats antérieurement conclus par l'emprunteur⁸⁸¹. Le mécanisme anglais dit *trust* est une institution qui repose sur le schéma suivant : une personne, le constituant du *trust*, *settlor of the trust*, stipule que certains de ses biens seront gérés par un ou plusieurs *trustees* dans l'intérêt d'une ou plusieurs autres personnes le ou les certains que *trust*⁸⁸². Dans les projets CET, la société de projet est le constituant du *trust*. Elle décide à titre de garantie de transmettre ses droits nés des contrats de vente ou d'utilisation des produits ou services du projet à une autre personne, le trustee, dans le but de confier ces droits à ce dernier dans l'intérêt des banques prêteuses, bénéficiaires du *trust*. Par ce mécanisme, les recettes générées par le projet faisant l'objet des contrats *take or pay* ne tombe jamais dans le patrimoine de la société de projet, ce qui évite aux banques le concours des créanciers de cette dernière parce qu'ils sont propriétaires des biens détenues en *trust*. Les prêteurs exigent que la société de projet délègue ainsi à un *trust* la gestion du compte du projet appelé compte séquestre (*escrow account*). C'est le cas du contrat de concession CET du projet de l'Elménite à Fort Dauphin, Madagascar qui prévoit que « 64 MM SA délèguera

⁸⁸⁰ Qui peuvent être contenues dans la loi applicable à la faillite.

⁸⁸¹ Olivier SENARD et Jacques TERRAY, op.cit. 1989 p1416

⁸⁸² Jean-Paul BERAUDO, les trusts anglo-saxons et le droit français LGDJ, 1992 p.17. Robert PANHARD. Le traitement des trusts en droit français JCP .N. 1987 pp.27 et S : Michel ELLAND-GOLDSMITH. *The trust and its use in commercial and financial transactions*. RDAI N°6, 1985, pp. 683 et S. ; André Tunc, Le droit anglais des sociétés, 4ed, Economica 1997, pp. 132 et 133 ; Bruno Oppetit, Le trust dans le commerce international, Rev . Crit. DIP, 1973, p.1

intégralement irrévocablement et exclusivement à un truster de renommée internationale et dûment agréé par les autorités financières malgaches la gestion du compte en devises afin de garantir au bailleurs de fonds et à l'Etat malgache bonne utilisation du compte.⁸⁸³ » Les recettes versées dans le compte du projet constitue une masse distincte⁸⁸⁴ du patrimoine de truster qui est souvent une banque. Celle-ci les gère dans l'intérêt des banques prêteuses. En effet, la séparation dans le patrimoine du truster entre les biens personnels et ceux mis en trusts constitue un grand avantage pour les banques prêteuses ; les créanciers personnels du truster n'auront pas la possibilité en tout cas, de saisir les biens mis en trust⁸⁸⁵. L'utilisation d'un compte séquestre dans le cadre du financement du projet en BOT surtout si la loi applicable est la loi française ou du pays africain d'accueil se heurte à des difficultés. Selon ces lois, il n'est pas possible de créer des sûretés nouvelles non prévus par la loi. En effet, leur constitution peut porter atteinte au principe de l'égalité des créanciers par rapport aux biens du débiteur, qui constituent le gage commun pour eux ou pourrait être considérée comme une tentative à éluder l'application d'une règle impérative ou d'ordre public. De ce fait, le trust diffère du mécanisme de la fiducie. Dans le cas de la fiducie, le fiduciaire peut se voir saisir par ses créanciers personnels, car la fiducie devient propriétaire des biens qui lui ont été cédés. En revanche, le mécanisme du trust se fonde sur la distinction entre le légal *ownership* et l'équitable *ownership*⁸⁸⁶.

3- Le contrat *take or pay*, solution au risque d'absence de clientèle captive

665. Le contrat *take or pay* a la possibilité de protéger les banques prêteuses des aléas liés à la capacité du projet à attirer la fréquentation voulue⁸⁸⁷. En effet, à l'occasion de l'étude de faisabilité effectuée par les concessionnaires potentiels, il existe des facteurs qui sont difficiles à apprécier, tel que la mentalité et le comportement des utilisateurs et acheteurs des services ou produits du projet. Dans les pays tant développés qu'en voie de développement, ces

⁸⁸³ Marc Frilet, Le projet Ilinénite à Fort Dauphin Madagascar. Recherche de sécurité juridique à long terme pour les grands projets d'infrastructures en financement privé en Afrique, RDAI N°6, 1996, p. 625

⁸⁸⁴ L'article 2 de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, 1^{er} Juillet 1985.

⁸⁸⁵ Camille Jauffret-Spinosi, La convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance. JDI, 1987, p. 29.

⁸⁸⁶ Filip DIERCKX, op. cit., 1985, N°6, pp. 827 et 828

⁸⁸⁷ Robert PANCHARD, op. cit. 1987, p. 28

utilisateurs et acheteurs ont tendance à croire que les infrastructures électriques, routières, etc. leur appartiennent, donc leur usage doit être gratuit⁸⁸⁸

Pour écarter le risque relatif à la sous fréquentation du projet, il ne suffit pas seulement d'entreprendre des études économiques et financières. Cela dans la mesure où les prévisions qui seront établies sur la base de ces études seront précaires parce que ne prenant pas en compte les facteurs aussi incontrôlable qu'incertaines, à savoir la mentalité et les comportements des usagers. C'est pourquoi, « le risque additionnel qui résulte de l'insuffisance de fréquentations de l'ouvrage concédé devrait devenir un risque concourus par les pouvoirs publics. Il ne peut pas être supporté en totalité par les seuls investisseurs privés sous peine de ne les voir seulement s'intéresser qu'aux projets les plus rentables réduisant sensiblement le nombre de projets réalisables par le secteur privé. La puissance publique doit être une passerelle entre utilité économique et rentabilité financière en prenant en charge dans l'attente de l'apparition de la rentabilité espérée l'insuffisance de recette en deçà d'un minimum définit dès l'origine. Cette passerelle sera établie par le contrat *take or pay* qui garantit un minimum de fréquentation du projet. La valeur et la clarté des engagements pris par la puissance publique aux termes de ce contrat permettant en fait, de réaliser l'émission d'obligations. Un porteur d'obligations est habituellement mieux protégé qu'un autre prêteur du point de vue des garanties et même en ce qui concerne les possibilités de renégociation de certaines caractéristiques de la dette (taux, durée...) »⁸⁸⁹. Les contrats dits *take or pay* constituent une condition principale d'intervention des prêteurs, surtout dans le financement de projets CET sans recours contre la société de projet, les flux financiers attirés par ces contrats sont la source de remboursement des dettes du projet.

B – L'intérêt du contrat *take or pay* pour la société de projet

666. En réalité, dans les projets CET, les intérêts des uns et des autres convergent. Le contrat *take or pay* donne lieu à la société de projet de faire face aux dépenses de fonctionnement des installations (1), d'éviter les sanctions.

⁸⁸⁸ Roger FISZELSON, Le co-développement. Réflexions économiques et financières, RDAI N° 2 , 1999, p. 161.

⁸⁸⁹ Marcel SARMET, op. cit. Banque 1980, p. 185

1- Le contrat *Take or pay*, solution aux dépenses de fonctionnement

667. Le contrat *Take or pay* assure à société de projet emprunteuse des flux financiers suffisants pour le fonctionnement du projet et le remboursement des dettes. Il est donc un contrat très important pour elle puisqu'il permet de reporter sur la puissance publique acheteuse la charge du financement des opérations d'entretien et d'exploitation. Aussi le contrat *take or pay* garantie-t-il à la société de projet un achat minimal des services ou produits du projet lui permettant ainsi de disposer de revenus suffisants pour couvrir les coûts de ces opérations. Ce contrat permet, également, à la société de projet de faire face aux échéances du crédit. Les paiements faits par la puissance publique aux termes du contrat sont toujours arrangés pour qu'ils correspondent aux échéances du prêt. De plus, le contrat *take or pay* crée, pour la société de projet, une certitude d'écoulement des biens produits ou d'utilisation du service proposé par le projet. En effet, cette certitude est indispensable pour attirer les investisseurs à la réalisation des projets d'infrastructures jugées a priori rentables.

2- Le contrat *Take or pay*, solution aux sanctions de la puissance publique

668. Le contrat *Take or pay* contient, généralement, une clause dite *advance payments*⁸⁹⁰. Par cette clause, la puissance publique s'engage à payer d'avance la contrepartie de l'acquisition des produits ou services du projet. Cette clause permet à la société de projet de réduire la capacité de la puissance publique comme acheteuse de recourir aux sanctions contractuelles liées aux contrats synallagmatiques. Par exemple, l'obligation de payer d'avance à la société de projet des montants aux termes du contrat *take or pay* prive l'acheteur de se prévaloir de l'exception *adimpleti contractus si* société ne s'acquitte pas de son obligation de fournir les quantités en service ou en produit convenues dans le contrat. Ces paiements en avance permettent la répartition de préjudice subi par la société exploitante, en cas de défaillance de l'acheteur à exécuter son obligation d'utilisation du service proposé. La clause *advance payments*⁸⁹¹ peut être qualifiée de clause pénale ayant pour objet de déterminer, à l'avance ; le montant des dommages et intérêts dus à la société de projet vendeuse, du fait de la non-exécution de l'obligation d'utilisation. Dans cette perspective, si le contrat est régi par le droit français ou du droit de certains pays africains francophone, la

⁸⁹⁰ Pierre-Henri GANEM, op. cit. N° 1996, p. 673.

⁸⁹¹ Cette clause a été définie par l'article 1226 du code civil français comme étant la clause « par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

clause sera soumis au juge, en fonction de l'article 1152 du code civil français qui prévoit que « ... le juge peut, même d'office modérer ou augmenter la peine qui avait été convenu, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite » Aux termes de cet article, le juge pourrait réduire la valeur de la clause d'*advance payments* qualifiée de clause pénale dans les deux cas suivants : si la société exploitante (le débiteur) a établi que le montant des dommages et intérêts est excessif et lorsque l'engagement a été exécuté en partie⁸⁹². Par contre, s'il est clair, d'après le droit français, que le juge est en mesure d'augmenter la valeur de la clause pénale au cas où le montant des dommages et intérêts est dérisoire par le préjudice subi par le débiteur, quelle est la portée du pouvoir du juge africain, en la matière ? L'article 225 du code civil égyptien prévoit que « lorsque le préjudice dépasse le montant des dommages et intérêts conventionnels, le créancier ne peut réclamer une somme supérieure à moins qu'il prouve le dol ou la faute lourde du débiteur » Au regard de cet article, une clause pénale, dont la valeur dépasse le préjudice subi par le débiteur, est considérée comme une clause exonératoire de responsabilité. Or, si on prend en considération l'article 216 du code civil égyptien qui permet l'exonération du débiteur de toute responsabilité résultant de l'inexécution de l'obligation contractuelle sauf celle aggravée par un dol ou par une faute lourde, le juge ne peut pas augmenter la valeur de la clause pénale à moins que le créancier ne prouve le dol ou la faute lourde du créancier. Donc, si la clause pénale peut atténuer la responsabilité du débiteur, en cas de faute elle ne le pourra, elle ne le pourra en cas de faute lourde.

3-Le contrat *Take or pay*, un instrument de partage des risques

669. Le contrat *Take or pay* prévoit et répartit la charge des risques réglementaires (a), politique (b), d'insolvabilité (c), la force majeure (d), et le risque d'équipement (e).

⁸⁹² L'article 1231 du code civil français prévoit que « lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite »

a) Le risque réglementaire

670. L'exécution du contrat *take or pay* nécessite, en fait la sollicitation des approbations et des autorisations auprès des autorités publiques compétentes du pays d'accueil, mais aussi leurs renouvellements.

En Egypte, par exemple, l'exécution des projets CET, doit être autorisée par le conseil des ministres⁸⁹³.

En l'absence de ces approbations ou autorisations, l'exécution du contrat est mis en danger, et cet état de chose constitue un risque pouvant avoir des conséquences graves sur la suite du projet

C'est pourquoi, le contrat *take or pay* met a la charge de la puissance publique concédante

L'obligation de s'efforcer à obtenir les autorisations administratives.

Dans le projet Suez Golf en Egypte, selon la formule CET, la responsabilité est mise a la charge de l'organisme public de l'électricité; *"EEA shall at its own expense, use all reasonable efforts to obtain and maintain in efforts all permits, licenses and approvals required for the grid system, the transmissions facilities in order to enable it to perform its obligations under this Agreement"*

b) Le risque politique

671. Il s'agit en effet de mesure de nationalisation ou de confiscation. Il n'affecte pas seulement la société de projet mais aussi les autres parties aux différents contrats. A ce propos, le contrat *take or pay* constitue l'instrument par excellence pour l'écarter. Il contient en effet, des stipulations obligeant la puissance concédante a effectué les paiements convenus, abstractions faites de tout événement.

La Banque Centrale du pays d'accueil recueille cette obligation en tant que garante.

L'article 2-2 de la convention de garantie dans le cadre du projet Sidi Krir en Egypte conclue entre la Banque Centrale et la société de projet prévoit que l'obligation du garant ne doit pas être modifiée.

⁸⁹³ Au Royaume-Uni, les projets dans le domaine de l'électricité requièrent des autorisations imposées par The Electricity Act 1989. V. Mark ELSEY and Philip HURST, op. cit. 1994 p. 161. Il en est de même du Sénégal où les contrats en BOT doivent recueillir cette approbation de l'autorité selon les dispositions du Code des marchés publics et la loi N° 13-2004 sur les contrats en CET (BOT).

La violation de cette obligation par la puissance publique ou par son garant doit être sanctionnée. La réalisation du risque politique entraîne pour la victime un droit de compensation⁸⁹⁴. Pour écarter tout litige relatif au montant de la compensation, celle-ci doit faire l'objet d'une disposition particulière dans le contrat. Il doit être suffisant pour couvrir le préjudice subi par la société concessionnaire et partant les prêteurs

c) Le risqué de l'insolvabilité de l'acheteur

672. Les flux financiers de la vente ou de l'utilisation du produit ou service du projet constituent l'unique source de remboursement des dettes du projet et du financement des opérations de constructions et de maintenance. Alors, la défaillance de l'acheteur de s'acquitter de son obligation d'achat ou de paiement aura certainement des conséquences sur le projet. Dans cette perspective, la société du projet et les banques prêteuses essaient de se protéger par l'intervention du gouvernement du pays d'accueil. Dans le projet HUB River au Pakistan, la société de projet a obtenu la garantie du gouvernement pour les obligations souscrites par l'organisme public acheteur de l'électricité⁸⁹⁵. Le contrat *take or pay* met donc à charge du gouvernement d'accueil le risque de l'insolvabilité de l'organisme public acheteur. Il fait intervenir la banque centrale jugée plus crédible, plus solvable que l'autorité concédante acheteuse.

⁸⁹⁴ Celle-ci se fera, en cas de nationalisation par exemple, selon les principes du droit international public. V. Abdel Kader BOYE, L'acte de nationalisation ; Au Sénégal, dans le cadre du contrat entre SENELEC et GTI, l'Etat du Sénégal s'est engagé en qualité de caution solidaire,

⁸⁹⁵ Dans ce projet l'engagement du gouvernement a été renforcé par l'intervention de la banque mondiale qui a garanti un certain nombre d'obligations vis-à-vis de la société de projet d'une manière irrévocable et inconditionnelle à garantir le respect par SENELEC de ses obligations contractuelle dans le cadre du contrat la liant au producteur privé. L'Etat s'est engagé, à ce titre, à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour assurer le règlement par SENELEC de toutes ses dettes contractuelle envers GTI. Par la même occasion, l'Etat s'engage également) ne prendre aucune mesure qui pourrait empêcher ou gêner l'exécution par SENELEC de l'une ou l'autre de ses obligations dans le cadre du contrat. Cette garantie est une exigence des prêteurs car la viabilité de SENELEC dépend essentiellement de l'Etat. Il en est ainsi dans la mesure où la tarification de l'énergie électrique est fixée par le gouvernement du Sénégal ; c'est également le gouvernement du Sénégal qui détermine les modalités d'imposition et de fonctionnement de SENELEC ; ainsi les modalités de la stabilisation des combustibles consommés par SENELEC ; enfin l'Etat est actuellement seul actionnaire de SENELEC et l'un des principaux clients. En Côte d'Ivoire, dans sa relation avec les divers partenaires, c'est le gouvernement qui a décidé du tarif de l'électricité ; avec pour objectif d'assurer l'autofinancement et l'équilibre financier du secteur ? Pour l'exercice 1995-1996, le prix de vente moyen était d'environ 56 Fcfa /Kwh et réparti entre la Compagnie Ivoirienne d'Electricité (21fcfa/kwh), Energie Electrique de Côte d'Ivoire (1Fcfa/Kwh), l'Etat au titre du service de la dette (23Fcfa/Kwh) et 11Fcfa/Kwh destiné aux dépenses de combustibles pour les Centrales d'achat. Voir à ce sujet, Etienne NGUESSAN, Le contrat d'affermage et la restructuration de l'industrie électrique en Côte d'Ivoire : quel retour d'expérience ? In, Investissements et nouveaux contrats aspects dans les industries électriques africaines, op. cit. 1998, pp. 18& et 182

d) Le risque de la force majeure

673. La force majeure est le risque le plus grave qui puisse se produire au cours de l'exécution du contrat *Take or pay*. Son origine peut être un événement naturel (tempête) détruisant les lignes de transfert de l'énergie produite par le projet) ou un événement politique (retrait des autorisations administratives nécessaires). Dans le cadre du financement de projet CET, le traitement du risque de force majeure dépend de la qualité de la partie victime. Si cet événement affecte la société de projet, celle-ci ne sera pas tenue de délivrer toutes les quantités convenues. Ici, l'effet de la clause de force majeure sera d'alléger les obligations de la société de projet. Par contre, si la force majeure est un événement naturel qui va durer longtemps et rend impossible la continuation du fonctionnement du projet, les conséquences doivent être subies par les deux parties. Chacune aura, dans ce cas le droit de résilier le contrat⁸⁹⁶. Le contrat *Take or pay* a donc pour effet de mettre à la charge de la puissance publique les conséquences du risque de force majeure si celle-ci a pour origine un événement politique.

e) Le risque d'équipement

674. Le contrat a pour objectif la construction et l'exploitation d'installations complexes dans un délai prédéterminé. Ces installations doivent être conformes aux spécifications nécessaires pour permettre aux parties d'atteindre le résultat escompté : le cash flow suffisant. Le non respect de ces spécifications ou le retard dans la mise en service du projet affecte incontestablement la capacité de la société du projet à produire les quantités suffisantes. Ce risque d'équipement sera, en règle générale, à la charge de la société de projet. Cette dernière essaie de le couvrir en recourant à l'assurance ou aux garanties de bonne fin d'exécution du projet (*performance bond*)⁸⁹⁷.

⁸⁹⁶ Graham WINTER, op. cit. 1998, p. 76

⁸⁹⁷ Mark ELSEY and alii, op. cit. p. 159

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

675. Au départ, le contrat vise la réalisation de trois objectifs. Le premier est de confier à la société de projet un droit d'exploitation du projet pour une période suffisante permettant l'amortissement des capitaux investis. La deuxième est l'achèvement des travaux de construction dans les délais et les coûts convenus. Enfin, la structuration contractuelle a pour objectif d'assurer l'exploitation des installations dans les meilleures conditions. Le droit d'exploitation reconnu à la société de projet trouve son fondement dans le contrat conclu avec l'autorité concédante dit contrat de concession ou Accord de projet. Ce contrat est l'instrument le plus approprié pour permettre à la société de projet d'exploiter les installations et pour transférer la responsabilité de l'autorité concédante vers les promoteurs. Cependant, la mise en œuvre d'une concession est délicate tant au plan technique, financier que juridique ; compte tenu de l'environnement politique et économique qui conduit à retenir ce système. Le contrat de concession ou Accord de projet est le résultat d'un compromis des différentes préoccupations et soucis des parties. C'est ainsi que les parties doivent s'efforcer d'écarter toute possibilité de qualifier le contrat d'administratif. Car, s'il est ainsi l'autorité peut le résilier unilatéralement. Alors, du fait que la qualification du contrat appartienne au juge ou à l'arbitre compétent et que les critères de cette qualification sont imposés par le législateur, le parallélisme voudrait que ce dernier intervienne pour conférer à ce contrat le caractère privé ; une telle intervention paraît nécessaire, voire inévitable. A l'instar de l'intervention du législateur français pour permettre respectivement l'arbitrage dans les contrats administratifs et la compromission des personnes publiques, les législateurs, aussi bien dans les pays développés que dans les pays en développement, doivent intervenir via une loi spécifique destinée à organiser la formule CET tout en reconnaissant à ces contrats le caractère privé.

La période de concession ne doit pas être fixée rigoureusement, mais elle doit bénéficier d'un maximum de flexibilité. Elle doit être déterminée de façon consensuelle, mais s'achève dès que les promoteurs s'acquittent de leurs dettes avec une rémunération équitable, et dans le cas inverse, elle doit être prolongée.

Le droit d'exploitation ne doit pas se limiter uniquement à l'objet d'infrastructure justifie l'exercice des activités secondaires. En outre, l'achèvement des travaux de construction dans les délais et les limites des coûts convenus qui est le deuxième objectif est vigoureusement stipulé dans le contrat de construction liant cette fois-ci la société de projet à un consortium de constructeur. Différents des contrats traditionnels de construction, le contrat de construction

placé dans le cadre du financement de projet CET, ne doit pas s'en tenir seulement aux objectifs de ses parties, mais il doit prendre en compte les contraintes imposées par les prêteurs et l'autorité concédante.

676. Par rapport ce souci, les Conditions du Silver Book constituent un instrument, par excellence mis à la disposition des parties. Malgré le fait qu'elles font supporter au constructeur tous les risques, y compris celui lié au sol, elles obligent de la société de projet une structuration financière solide garantissant le paiement du constructeur. Car, la société de projet est une société ad hoc dépourvue d'actifs, elles autorisent la cession de toute créance due au titre du contrat de construction ; aux prêteurs. Par contre, les Conditions du Silver Book ne contiennent pas de disposition permettant aux prêteurs d'obliger le constructeur à verser toute somme résultant du contrat de construction, directement aux banques prêteuses en cas de défaillance de la société de projet ou de remplacer le constructeur incapable de poursuivre les travaux ? D'ailleurs, pour obliger le constructeur à achever des installations dans les limites du budget établi et dans les délais convenus, les Conditions mettent à la charge du constructeur la présentation des garanties de bonne exécution, mais elles ne comportent pas de mesures incitatives encourageant le constructeur qui aurait terminé la construction des installations avant terme.

Dans la pratique moderne des contrats internationaux, les incitations contractuelles jouent un rôle important. Outre ces garanties et incitations, la participation du constructeur dans le capital de la société de projet comme actionnaire, traduit son attachement au succès du projet, ce qui l'amène à garantir donc l'achèvement des installations sans dépassement du coût ou du délai des travaux. Enfin, pour atteindre le troisième objectif qui consiste à assurer l'exploitation des installations dans les meilleures conditions, le recours à des mécanismes contractuels variés s'impose. Pouvant être effectuée par la société de projet elle-même, doit surtout être confiée à une société expérimentée.

677. La dissociation juridique du propriétaire et de l'exploitant dans la conduite des grands projets CET paraît utile parce que les promoteurs entendent limiter dans la mesure du possible leur contribution au financement des investissements nécessaires à la réalisation du projet, et les actionnaires de la société de projet⁸⁹⁸ ne sont pas en mesure de mener à bien l'opération d'exploitation. Aussi, deux contrats dits *Take or pay* et *Supply or pay* doivent,

⁸⁹⁸ Antoine BLED-CHARENTON et Denis MUSSON. La dissociation juridique du propriétaire et de l'exploitant dans la conduite de grands projets industriels : nouvelles approches, RDAI N° 1, pp. 3 et S.

sous la pression des prêteurs, notamment dans les projets de production d'énergie, être conclus entre les promoteurs et l'autorité concédante.

678. Le contrat *Take or pay* a pour objectif d'assurer la commercialisation des produits ou service du projet, alors que le contrat *Supply or pay* a pour but de garantir un approvisionnement permanent en matières premières. Du fait que la théorie de la cause dans les droits français ou pays africain de droit d'origine latine, influencée par l'idée de justice commutative et ignorée du droit anglo-saxon, semble incompatible avec les engagements souscrits par l'autorité concédante aux termes de ces contrats, les articles 1131 du code civil français⁶⁹⁹ et l'article 77 du COCC sénégalais tentent d'appliquer la nullité à toute construction du type *Take or pay* ou *Supply or pay*. Que la cause contractuelle soit licite ou non, dans le cadre du financement du projet CET, ces catégories de contrats ne doivent pas être pris isolément, mais considérés par rapport à l'ensemble de l'opération. A ce niveau, une intervention législative paraît encore nécessaire pour valider ces contrats tout en écartant tout litige pouvant y découler. Pour les promoteurs les prêteurs et l'autorité concédante puissent mettre en place une structure contractuelle parfaite et conforme à leurs objectifs, un certain nombre de précautions s'impose. Il devient nécessaire d'harmoniser les différents contrats avec le contrat de concession CET qui contient les contraintes et les obligations principales des parties relatives spécialement à la construction et à l'exploitation. Pour éviter toute contradiction, ces obligations et contraintes doivent être harmonisées et prises en compte lors de la conclusion des contrats de concession et de construction ainsi que des contrats *Supply or pay* et de *Take or pay*.

⁶⁹⁹ Cet article dispose que « l'obligation sans cause ou sur fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet ». Les législateur sénégalais et égyptien ont été plus directs et plus. Car, ils ont prévus la sanction de l'annulation lorsque la cause de l'obligation est mise en cause. L'article 77 du COCC dispose que « L'absence de cause pour l'une des obligations nées du contrat rend celui-ci annulable. » et le législateur égyptien a prévu l'annulation aussi du contrat « lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs »

DEUXIEME PARTIE : LE CONTENTIEUX DU CONTRAT CET

678. Peu de pays ont réglementé les projets CET. Ces projets ne sont pas non plus soumis à des juges spécifiques. Alors, les divers intervenants couvrent des risques considérables dus à l'enjeu de ces projets, les moyens financiers considérables mis en place, l'insécurité politique, financière et économique. C'est pourquoi, l'une des principales préoccupations des parties lors de l'exécution du projet CET est de choisir des modes de règlement et une loi efficaces et neutres, impartiaux pour régler des litiges susceptibles de s'élever à l'occasion.

Dans la pratique, ces règlements peuvent être juridictionnels ou non (Titre I) ; et la loi applicable peut être la loi étatique (généralement celle du pays d'accueil du projet) ou résulter des principes généraux du droit et des usages du commerce international (Titre II).

TITRE I – LE REGLEMENT DES DIFFERENDS DU PROJET CET

679. Il est aussi des domaines, autre que celui de la santé, où la prévention est recommandée. C'est le cas des contrats. Le contrat est un instrument de gestion de l'avenir. C'est pourquoi à l'occasion de la rédaction et de la préparation des différents contrats conclus dans le cadre du projet CET, les différentes parties essaient d'éviter, dans la mesure du possible les causes pouvant provoquer des litiges. Dans cette perspective, la préoccupation des parties est la rédaction d'un ensemble de texte équilibré, exprimant leur véritable intention. En réalité, les contrats CET sont caractérisés par une grande complexité et une pluralité d'intervenants. Dans ce cas, un résultat satisfaisant est difficile à atteindre.

Le litige ne peut dans cette hypothèse, être évité. Alors, un système de règlement adéquat, raisonnable et efficace est nécessaire à prévoir avant l'exécution même des contrats. Même à ce stade, chaque partie a ses propres méthodes et visées. Les promoteurs et les prêteurs sont très méfiants à l'égard de la juridiction nationale pour régler les litiges pouvant résulter du projet. Ils estiment que soumettre à la juridiction nationale rendrait inefficace les garanties et les avantages liés au contrat. Ils craignent, notamment, l'influence et la pression que les autorités publiques contractantes pourraient exercer sur les décisions du juge national. De l'autre côté, le pays d'accueil cherche à soumettre les litiges à sa propre juridiction pour conserver sa souveraineté. Si alors, les parties se campent sur leur position, un certain nombre de facteurs devrait pris en compte pour rechercher un équilibre souhaitable. Du côté des promoteurs et des prêteurs, la concurrence internationale les conditionne à accepter des conditions imposées par le pays d'accueil ; parmi lesquelles figure la soumission des litiges à sa juridiction nationale. En revanche, les besoins croissants du pays d'accueil en capitaux étrangers pour établir ou restaurer ses infrastructures, l'expérience et la technologie que possèdent les sociétés étrangères l'obligent à se soumettre aux exigences de ces sociétés. Celles-ci imposent un mode de règlement basé sur l'arbitrage international. De toutes les façons, les parties ont la liberté du choix du mode de règlement de leurs différends. Ce mode choisi doit être efficace, moins coûteux et ne pas interrompre surtout les travaux. A cet effet, elles peuvent recourir à des experts habilités. Dès lors, les modes non juridictionnels constituent la stratégie la plus indiquée (chapitre I). Cependant, pour obtenir un titre exécutoire, les parties ont la possibilité de recourir aux modes juridictionnels (chapitre II).

CHAPITRE I : LE REGLEMENT NON JURIDICTIONNEL DES DIFFERENDS

680. Les projets CET ont la particularité de favoriser le recours au règlement amiable : au contraire des projets classiques. Cela est évident, du fait que les parties au projet CET tiennent à une solution adéquate et rapide tout en veillant surtout à la continuité⁹⁰⁰ de l'exécution du projet. Car l'interruption des travaux de construction ou d'exploitation pourrait produire l'augmentation des charges financières. C'est pourquoi, les prêteurs, les promoteurs et l'Etat contractant, préfèrent, avant toute procédure judiciaire ou juridictionnelle, régler leurs litiges par recours à un mode non juridictionnel. Les modes juridictionnels font intervenir un juge ou un arbitre dont la décision bénéficie de la force de chose jugée alors que les modes non juridictionnels se fondent sur l'intervention d'un tiers ayant toujours une expérience en matière de résolution de litiges à caractère technique. Ces modes ont l'avantage de permettre aux parties d'avoir des solutions pratiques et adaptées au caractère technique du projet. Le règlement non juridictionnel peut être l'œuvre d'un ingénieur ou d'un comité de règlement des différends (les systèmes des conditions FIDIC) (Section I) ou d'un expert technique (Section II).

Section I : Le règlement non juridictionnel relatif aux décisions à caractère obligatoire : le système des conditions FIDIC

681. Le projet CET se fonde sur un parcours qui passe par les contrats de construction et d'exploitation. Pendant la phase de construction, les litiges peuvent survenir aussi bien pendant la formation du contrat que pendant son exécution. Cette phase est plus qu'importante elle est essentielle. Un ensemble de mécanisme a été élaboré par la FIDIC⁹⁰¹ en vue de résoudre les litiges pouvant naître à cette étape. Il s'agit de la clause 67⁹⁰² des conditions FIDIC et le Comité de Règlement des différends (*dispute Adjudication Board DAB*) des Conditions du Silver Book. Les dispositions de ces Conditions permettent d'éviter

⁹⁰⁰ Or les projets classiques où il est généralement prévu un règlement juridictionnel, le projet peut faire l'objet de suspension par une décision judiciaire.

⁹⁰¹ La clause 67 des conditions FIDIC est destinée à régir les projets clé en main et les projets CET

⁹⁰² Cette clause 67 présente une grande importance dans les Conditions FIDIC. Elle y subit, de ce fait, incessantes modifications dans chaque édition. En 1957, la première édition était préparée par la Fédération Internationale des Ingénieurs (FIDIC). La troisième édition a apporté des modifications substantielles. Quant à la quatrième, elle a réaménagé dans la forme et le fond. Dans la forme, elle a simplifié la langue pour en permettre l'utilisation par tous quelque soit la culture juridique. Dans le fond, la FIDIC a posé le devoir d'impartialité de l'ingénieur et distingue la procédure de la clause 67 de la procédure de réclamation.

l'interruption de la poursuite de l'exécution du projet sans recourir à un règlement juridictionnel. Ce système établi par la Clause 67 des conditions FIDIC et du DAB est caractérisé par trois éléments⁹⁰³ : le principe du recours préalable à l'ingénieur conseil dans son rôle de quasi arbitre ou au DAB, l'obligation de tenter une solution amiable et le recours à un arbitrage complémentaire. Le règlement d'un litige conformément à ce système passe alors par deux phases : la phase de l'intervention de l'ingénieur conseil ou du DAB (paragraphe I) et celle de l'intervention du tribunal arbitral (paragraphe II).

Paragraphe I : L'intervention de l'ingénieur ou du DAB selon les conditions FIDIC et du Silver Book

683. Pour bien cerner ce système de règlement des litiges, on appréhende successivement les conditions de l'intervention de l'Ingénieur ou du DAB (Sous paragraphe I) et celles dans lesquelles il rend sa décision (Sous paragraphe II). Dans les deux cas, on essaie de confronter des emplois de contrat CET démontrant les comportements des parties pour dégager le système dominant.

Sous paragraphe I : Les conditions d'intervention de l'ingénieur conseil et du DAB

684. L'intervention de l'ingénieur et du DAB suppose au préalable l'existence d'un litige. Or le double rôle de l'ingénieur en tant que Directeur des travaux et de quasi-arbitre met en cause son impartialité. C'est pourquoi, les conditions du Silver Book ne confient plus le règlement des litiges pendant la phase de construction à un ingénieur mais à un comité composé d'une ou de trois personnes.

A – L'existence d'un litige

685. La clause 67 des conditions FIDIC impose l'intervention de l'ingénieur lors de la survenance d'un litige pendant la réalisation des travaux ou après leur achèvement. D'après M. Charles JARROSON, « il y a litige dès lors qu'une partie résiste en pouvant s'appuyer sur une argumentation juridique, au point de vue qu'une autre partie essaie d'imposer, et qui

⁹⁰³ Isabelle HAUTOT et Georges FLECHEUX, La clause de règlement des différends dans les conditions FIDIC génie civil de 1987 Rev. Arb. N° 4 1989 p 609

diffère du sien⁹⁰⁴ ». Par conséquent, la réclamation qui est un droit subjectif reconnu à une personne lui permettant de demander à une autre personne de faire ou de ne pas faire quelque chose, ne constitue pas un litige⁹⁰⁵. Par contre, le litige peut provenir d'une réclamation de l'entrepreneur rejetée par l'ingénieur agissant au nom du maître de l'ouvrage. En d'autres termes pour M. Jarrosson, une partie présente une demande en la fondant sur une disposition juridique gouvernant une situation de fait, alors que l'autre partie essaie de mettre en cause son bien fondé en droit ou la réalité des faits donnant lieu à l'application de cette disposition. Autrement dit, la réclamation qui peut déclencher la procédure de la clause 67 n'est pas une simple réclamation que l'ingénieur a rejetée et que l'entrepreneur souhaite poursuivre⁹⁰⁶. Tel est le cas lorsque l'entrepreneur prétend que la société de projet maître de l'ouvrage n'a pas mis le site à sa disposition dans le délai convenu, et réclame par conséquent le remboursement des coûts supplémentaires et une prolongation de délai de l'exécution des travaux. Donc, dès lors qu'un litige surviendrait, généralement de l'insatisfaction du constructeur d'une décision prise par l'ingénieur, en tant que directeur des travaux, la procédure contentieuse de la clause 67 des conditions FIDIC pourrait être engagée. En réalité, les litiges susceptibles d'être soumis à l'ingénieur ont des sources diverses. Ils peuvent, en effet, résulter de l'exécution de l'objet du litige ou d'un certificat fait par l'ingénieur au cours de l'exécution du contrat de construction. Dès qu'un litige survient, la clause 67 des conditions FIDIC oblige le requérant, pour saisir l'ingénieur, à faire une demande écrite⁹⁰⁷ dans laquelle il doit préciser qu'il agit en application de la clause 67. Il doit également adresser à l'autre partie une copie de sa demande. Le non-respect des conditions de forme entraîne l'implication du mécanisme de la clause 67. Si tel n'est pas le cas, les parties ne peuvent pas saisir le tribunal arbitral 67. Si la clause 67 ne détermine pas un délai pendant lequel le litige doit être soumis à l'ingénieur, on estime dans ce cas comme Monsieur Joseph C. HELAL⁹⁰⁸, que les parties sont

⁹⁰⁴ Charles JARROSSON, La notion d'arbitrage LGDJ, 1987. pp 254 et 3.

⁹⁰⁵ Isabelle HAUTOT et George FLECHEUX, op. cit. Rcv. Arb. 1989 N° 4 p. 614

⁹⁰⁶ Christopher SEPPALA, Les décisions pré arbitrales différentes aux litiges en matière de construction : les décisions prises par l'ingénieur RDAI N° 3, 1991 p 333

⁹⁰⁷ La clause prévoit que « si un litige de quelque nature que ce soit survient entre le Maître de l'ouvrage et l'Entrepreneur, en relation avec ou découlant du contrat ou de l'exécution des travaux soit pendant la réalisation des travaux ou après leur achèvement et soit avant ou après la réalisation du contrat ou sa cessation d'une quelque autre manière, en ce compris tout litige relatif à une opinion, une instruction, une directive, un certificat ou une évaluation de l'ingénieur, la question litigieuse doit en premier lieu, être soumise par écrit à l'ingénieur avec une copie à l'autre partie. »

⁹⁰⁸ Joseph C. HELAL, Earliest and Latest time limits for commencing arbitration according to Clause 67 of the FIDIC Conditions of Contract for work of civil engineering construction. ICLR, 1988 p 322.

obligées à faire appel à la loi applicable au contrat dans ses dispositions se rapportant à la prescription. L'ingénieur est ainsi assimilé à une instance arbitrale de premier degré⁹⁰⁹.

B – Le double rôle de l'ingénieur

685. Dans le cadre des conditions FIDIC, l'ingénieur joue un rôle double. Il est d'une part le directeur des travaux menés par l'entrepreneur, car il surveille le déroulement des travaux, délivre des certificats de réception provisoires ou définitifs du projet, certifie les situations mensuelles, etc ; d'autre part, il est investi d'un rôle de quasi-arbitre par la clause 67 des conditions FIDIC de règlement des litiges⁹¹⁰. Ce dédoublement suscite des interrogations : En tant que directeur des travaux, est-ce que l'ingénieur peut se trouver en désaccord avec l'entrepreneur pour se constituer en partie à un litige sur lequel il doit lui-même statuer ? Selon la clause 67, le seul litige qui doit être soumis à l'ingénieur est celui opposant l'entrepreneur au maître de l'ouvrage (la société de projet). Le litige qui oppose l'entrepreneur à l'ingénieur ne peut pas alors être soumis à ce dernier. Cela se fonde sur l'inexistence d'un lien contractuel entre l'ingénieur et l'entrepreneur. Celui-ci ne peut donc mettre en cause la responsabilité délictuelle⁹¹¹. L'ingénieur reste alors tiers au contrat de construction et au litige, « soit que l'entrepreneur conteste une certification de l'ingénieur, par exemple, soit que le maître de l'ouvrage, mécontent de celle-ci s'abstienne de la régler : l'ingénieur demeure contractuellement hors du conflit, tiers au marché, indépendant des deux parties à celui-ci⁹¹² ». Si la rapidité et l'efficacité de l'exécution du projet CET recommandent le recours à l'ingénieur conseil, l'intervention de celui-ci comporte un certain danger. Il faut noter que l'ingénieur est rémunéré par le maître de l'ouvrage. Cet état de fait met le maître de l'ouvrage. Cet état de fait met en cause son impartialité. Or, il sera « opportun de modifier les conditions de sa nomination et de sa rémunération de façon à lui faire jouer véritablement le rôle d'un expert technique neutre⁹¹³ ». Ainsi, l'ingénieur conseil doit, pour assurer cette neutralité, être nommé d'un commun accord par les parties et être rémunéré par elles. On estime aussi que le cumul des fonctions de direction des travaux et du

⁹⁰⁹ La sentence CCI rendue en 1983 – Affaire N° 3790, JDI, 1983 P 910 « the claim presented to the Engineer, under clause 67 of the Contracts, is a claim to an arbitration of first instance. »

⁹¹⁰ Georges FLECHEUX, le cahier des charges FIDIC et l'arbitrage, Rev. Arb. N° 4, 1984, p 453.

⁹¹¹ Voir l'article 1982 du code civil français ou article 121 et suivants du code sénégalais.

⁹¹² Isabelle HOUTOT et George FLECHEUX, op. cit. Rev. Arb. N° 4 1989 p 617

⁹¹³ Lazare KOPELMANAS, La procédure arbitrale dans les contrats internationaux de travaux publics in Mélanges Minoli AIA. 1974 pp 277 et 278.

quasi arbitre par l'ingénieur n'est pas logique : comment, en effet, peut-on considérer l'ingénieur comme un tiers aux litiges résultant essentiellement de son administration des travaux ? S'il est vrai qu'il est l'homme du terrain ayant une capacité suffisante pour identifier les litiges survenus au cours de l'exécution du projet, il est préférable qu'il se limite à la mission de direction des travaux en laissant le soin de trancher les litiges à d'autres ingénieurs expérimentés dans les grands projets et indépendants des deux parties.

C – La position des Conditions de Silver Book

686. Conformément à l'article 3.1 de ces Conditions, le déroulement des travaux de construction n'est pas supervisé par un ingénieur, mais par un représentant du maître de l'ouvrage. Celui-ci n'exerce pas un rôle de quasi-arbitre. Les articles 3.5 et 20.2 des conditions de Silver Book, pour écarter les critiques du double rôle de l'ingénieur, prévoient l'intervention d'un comité de règlement des litiges. (*Dispute Adjudication Board* « DAB »).⁹¹⁴ Le recours à ce comité se fonde sur l'article 3.5 des conditions Silver Book. Aux termes de cet article, l'entrepreneur doit se soumettre aux décisions prises par la société de projet maître de l'ouvrage au cours de l'exécution des travaux, telles que l'augmentation du prix, la prolongation du délai de réalisation des travaux. En cas de contestation, l'entrepreneur doit, dans les 14 jours suivant la résolution, notifier à la société de projet de son désaccord. Chacune des parties a la possibilité de saisir de DAB. Le DAB peut être l'une ou de trois personnes⁹¹⁵ qualifiées. En cas de membre unique, ce dernier sera choisi d'un commun accord par les deux parties. Par contre si le comité est composé de trois personnes, chaque partie désignera, séparément un membre et le troisième le sera d'un accord⁹¹⁶. Ce DAB ou le comité joue un rôle, essentiellement, d'expert permanent et non d'arbitre. Il est constitué par les parties chaque fois que survient un litige⁹¹⁷. Les membres du comité sont rémunérés par les deux parties et doivent être expérimentés pour les problèmes financiers et techniques

⁹¹⁴ L'article 20.2 prévoit que « *dispute shall be adjudicated by a DAB* » Cette solution a été proposée par le *Chartered Institute of Arbitrator (UK)* qui prévoit un DAB constitué de trois personnes ou d'un Dispute Adviser. Désigné de commun accord dans une *Dispute Resolution Agreement* annexé au contrat. V. Alan REDEERN et Martin HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 2^{ème} édition 1997 p 177.

⁹¹⁵ La FIDIC suggère une composition du Comité de Règlement des Différends à trois membres si la valeur du projet dépasse 25 Millions de dollar. Voir Christopher R. SEPPALA, *FIDIC new standard forms of contracts. Force majeure, claims, disputes and others clauses*, ICLR, part 2 2000 p p 250.

⁹¹⁶ A ce propos, les Conditions particulières du Silver Book recommandent, pour faciliter la désignation ou le remplacement des membres du Comité, de joindre ou d'intégrer dans le contrat une liste contenant un certain nombre de noms parmi lesquels les parties peuvent choisir les membres.

⁹¹⁷ Bruno CAZALET et Rupert REECE, *Conditions applicables aux contrats de conception – construction et clés en main*, RDAI N° 3, 1999, pp 282 et 283

inhérents à l'exécution du projet CET. Il faut noter que le DAB des conditions du Silver Book est différent du *Dispute Review Board* (« DRB » comité de contrôle des litiges) de la Banque Mondiale sur deux aspects. Le DRB ne remplace pas l'ingénieur, mais il est au dessus de celui-ci. Donc, contrairement, au système du Silver Book, le système de la Banque Mondiale aboutit à créer un triple degré de juridiction : la décision de l'ingénieur, du DRB, puis un tribunal arbitral⁹¹⁸. Le DRB rend des décisions ayant effet obligatoire, si les parties en sont satisfaites alors que le DRB donne des recommandations non obligatoires⁹¹⁹.

D – La position des parties dans un projet CET

687. La plupart des contrats CET ont adopté la même position que les conditions du Silver Book. Par exemple, le contrat de la construction du Tunnel sous la Manche a confié la fonction de quasi – arbitrage non à un ingénieur mais, à un Panel composé de la manière suivante :

- (i) « *a President of the Panel shall be appointed by the parties by agreement prior to 31st March 1987 (...) or failing such agreement shall be selected on the request of either party by the President for the time being of the ICC.*
- (ii) *party shall prior to 31st March 1987 (...) nominate for the approval of the other party one person to the Panel and an alternate for such person or failing such nomination by either party the other party may apply to the President of the ICC to make a nomination;*
- (iii) *“upon the reference of any dispute or difference to the Panel in accordance with the foregoing the President shall constitute the Panel by appointing the two persons first nominated or if the President of the Panel shall so decide alternate of such person in his place;.*
- (iv) *“the two persons appointed by the President under paragraph above and the President shall comprise the Panel;*
- (v) *“no person shall be nominated by either party or relected the President of the ICC in accordance with the foregoing who is not independent of the parties or who*

⁹¹⁸ Roger Philippe BUDIN, Guide pratique de l'exécution des contrats internationaux de construction contrôle juridique permanent, prévention et traitement des litiges. Aspects contractuels conditions FIDIC, Règles de la Banque Mondiale, op. avt 1998 p 290.

⁹¹⁹ Christopher R. SEPPALA, op. avt 2000 p 249

has previous involvement with the Channel Fixed link referred to in the concession unless the parties so agree”^{920 921}

688. Ce Panel est donc composé de deux membres désignés respectivement par les parties avec l’approbation de l’autre et d’un président désigné d’un commun accord par les deux parties, à défaut par le Président de la CCI.

Il nous semble que les parties au contrat de construction adoptent la forme de la médiation dite « *mini-trial* ». Dans la pratique, ce mécanisme consiste à désigner un Panel composé de deux dirigeants de haut niveau des parties, et présidé par un médiateur neutre désigné par celles-ci. Le Panel se réunit pour trouver une solution acceptée par les deux parties. L’aboutissement à une solution donne lieu à une exécution provisoire de la décision prise à l’unanimité par le panel. Dans ce cas, le système de Panel s’apparente à la Médiation / Arbitrage⁹²². En cas d’échec, le litige sera soumis à l’arbitrage. Pour les projets CET exécutés en France, les parties sont juridiquement obligées de soumettre leurs litiges à un comité. Ce comité consultatif est créé par le code français des Marchés publics. Le recours devant ce comité est un préalable avant d’engager les procédures de l’arbitrage international dont le non-épuisement entraîne l’irrecevabilité de la demande d’arbitrage.

Le but d’un tel recours est de trouver une solution amiable avant d’engager des procédures juridictionnelles devant un tribunal arbitral ou un tribunal juridictionnel. Le comité consultatif a pour « mission de rechercher dans les différends ou litiges relatifs aux marchés de l’Etat et de ses établissements publics... les éléments de droit et de fait pouvant être équitablement adoptés en vue d’une solution amiable ; l’avis du comité porte sur le principal et les intérêts de l’indemnité pouvant être accordés pour le règlement du différend ou litige. »⁹²³ On peut en déduire que la compétence de ce comité se limite aux différends et litiges nés à l’occasion de l’exécution des marchés conclus par l’Etat ou l’une de ses émanations.

689. En réalité, la nature de ce comité est controversée. Madame BREGHON – MOULENES n’a pas hésité à qualifier ce comité de substitution d’une juridiction administrative très chargée, organe de conciliation, instance quasi-arbitrale ou véritable

⁹²⁰ Clause citée par Panayotis GLAVINTS op. avt. 1993 p 468

⁹²¹ Mis à part le projet du Tunnel sous la Manche, le projet Pont Vasco de Gamma sur le Tage (Portugal), l’Etran Hydro Development, le Hiao-Pangdi Multipurpose Project et le Longtan Hydro Développement en Chine ont adopté la même position – Voir Pierre M. GENTON et François VERMEILLE, Soft and hard dispute resolution quelques pratiques dans le cadre des grands projets. RDAE, N° 2 1998 p 138.

⁹²² Jean – Claude GOLDMITH, Les modes de règlement amiables des différends : RDAI. N° 2 1996 p 245.

⁹²³ Article 239 du Code des marchés publics français.

juridiction. Ces qualifications se justifient par les règles de son fonctionnement lui donnant un caractère impartial et sa composition lui conférant un statut d'autorité indépendante⁹²⁴.

Par contre M. JARROSSON estime que le terme consultatif écarte toute qualification juridictionnelle de ce comité⁹²⁵. De même, M. P. DELVOLVE le qualifie d'institution para judiciaire. Pour lui, le fait que le décret du 18 mars 1981, en France ait exclu le concours d'un avocat devant ce comité empêche de la considérer comme étant une juridiction ou une instance arbitrale⁹²⁶.

690. A notre avis, effectivement, ce comité à la suite de M. JARROSSON et M. DELVOLVE ne peut être qualifié d'instance juridictionnelle en raison d'absence de caractère contraignant de ses décisions. A la limite, sa saisine a pour conséquence de suspendre les délais imposés pour exercer le recours contentieux. C'est donc un simple comité qui a, en fait, pour objectif de proposer des solutions, transactionnelles aux litiges.

Au Sénégal, la loi 13 – 2004 sur les contrats CET ne prévoit pas d'organe à ce stade pour le règlement des litiges.

Sous paragraphe I: Les conditions d'efficacité des décisions de l'ingénieur et du DAB

691. On appréhende d'abord les conditions de la décision selon la clause 67 et le DAB avant d'évoquer la position des parties dans les contrats CET.

A – La décision de l'ingénieur

692. Si l'intervention de l'ingénieur dans les litiges opposant le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, et les moyens de cette intervention, sont de nature contractuelle on se demande quelle est la nature juridique de la décision de l'ingénieur ? La réponse à cette question présente une grande importance car l'acte contractuel et l'acte juridictionnel entraînent des conséquences différentes. Le premier, contrairement au deuxième, ne peut être exécutoire sous la volonté des parties. La qualification de la décision prise par l'ingénieur dans le cadre de la clause 67 est très controversée. Le rôle de l'ingénieur a été qualifié de *sui generis*⁹²⁷ de

⁹²⁴ Christine BRECHOU – MOULENES, La réforme des comités consultatifs de règlement des marchés. AJDA 1981. pp 304 et 5.

⁹²⁵ Charles JARROSSON, op. cit. 1987 p 59

⁹²⁶ P. DELVOLVE, La justice hors du juge, JCP – CI 1984 N° 4 PP 16 et 9

⁹²⁷ Ali EL SHALAKANY, The application of the FIDIC conditions in a civil code system country. ICLR 1989 p 266.

*quasi – arbitre*⁹²⁸, de *quasi – judiciaire*⁹²⁹ et sa décision est *quasi – juridictionnelle*⁹³⁰. En tout état de cause, l'ingénieur ne peut être qualifié d'arbitre puisqu'il est désigné et rémunéré par le seul maître de l'ouvrage⁹³¹. L'ingénieur est investi d'une mission destinée à établir un équilibre contractuel soit au cours de l'exécution ou au moment de la réception définitive des travaux. Dans ce cadre, il a le droit, à la suite d'une demande écrite par l'une des parties de contrat, de donner des explications, de faire des commentaires auxquels les parties sont tenues. Si le contrat n'est pas résilié, l'entrepreneur doit continuer les travaux, et les deux parties doivent immédiatement exécuter la décision rendue par l'ingénieur conformément à la clause 67⁹³². La décision de l'ingénieur doit être notifiée à chacune des parties lesquelles peuvent la contester devant le tribunal arbitral. Elle reste exécutoire même si l'une des parties notifie à l'autre de son intention de la contester. La décision devient définitive en l'absence de cette notification⁹³³. L'ingénieur, en agissant comme un quasi – arbitre, peut prendre des décisions d'une façon impartiale d'ingénieur n'agir pas « comme mandataire salarié du maître de l'ouvrage, mais dans le même esprit que le ferait un juge extérieur⁹³⁴. » L'article 206 des conditions FIDIC prévoit que « dans le cadre du marché, l'ingénieur doit exercer son jugement en donnant sa décision, son avis ou son accord ou exprimant sa satisfaction ou son approbation ou déterminer une valeur ou prenant toute mesure qui peut affecter les droits et obligations du maître de l'ouvrage ou de l'entrepreneur, il doit exercer son jugement de manière impartiale conformément aux termes du marché et en prenant en compte toutes les circonstances. » Si le maître de l'ouvrage peut mettre en cause la responsabilité contractuelle de l'ingénieur sur la base du contrat qui les lie, et si l'entrepreneur a la possibilité d'engager sa responsabilité délictuelle, on se demande sur quel fondement l'entrepreneur peut mettre en cause la responsabilité contractuelle de l'ingénieur en vertu de son pouvoir de décision ? Si l'ingénieur agit comme mandataire du maître de l'ouvrage, il se comporte, dans le cadre de la clause 67 comme mandataire commun des deux parties⁹³⁵. En réalité, la reconnaissance de

⁹²⁸ George FLECHEUX, op avt Rev – arb. N° 4 t984 p 451

⁹²⁹ Christopher R. SEPPALA. Les décisions pré-arbitrales afférentes aux litiges en matière de construction. Les décisions prises par l'ingénieur. Op. avt 1991 p 337

⁹³⁰ PEARSON, Rôle des arbitres et ingénieurs-conseils en matière de contrats de génie civil et de bâtiment. Rev- arb. N° 4, 1972 p 344.

⁹³¹ Cass. Com., 9 Mars 1965, Bull a., III. N° t75 p 61

⁹³² La clause 67 prévoit que « à moins que le contrat n'ait déjà été résilié ou n'ait déjà pris fin, l'entrepreneur doit, dans tous les cas continuer d'exécuter les travaux avec toute la diligence nécessaire et l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage doivent immédiatement appliquer la décision de l'ingénieur, sauf et jusqu'à ce que celle-ci soit modifiée, comme stipulée ci-après, par l'effet d'un arrangement amiable ou d'une sentence arbitrale. »

⁹³³ Voir article 67 conditions FIDIC

⁹³⁴ PEARSON, op. cit. Rev. Art. 1972 p 339

⁹³⁵ Charles JARROSSON, op. cit. 1987, p 709.

l'existence d'un tel mandat entre l'ingénieur et l'entrepreneur permet à ce dernier d'engager la responsabilité contractuelle de l'ingénieur.

B – La décision du DAB

693. Lorsque le DAB est saisi, il doit trancher le litige de façon motivée dans le délai de 84 jours⁹³⁶. N'agissant pas comme arbitre mais comme expert, le DAB a la possibilité de demander aux parties de fournir des informations et de faire des visites du site du projet. La décision du DAB lie les parties qui doivent lui donner promptement suite, à moins qu'elle soit révisée par un règlement amiable ou par un acte d'arbitrage (article 20.4 Conditions Silver Book⁹³⁷). Elle s'impose si l'une des parties ne notifie pas l'autre son insatisfaction dans les 28 jours suivant la communication de la décision. Quelle que soit la position des parties à l'égard de la décision, l'entrepreneur reste obligé à poursuivre les travaux jusqu'au règlement amiable ou l'intervention du contrat de construction. Par contre, si une décision d'insatisfaction est intervenue dans les 28 jours, l'autre partie pourrait entamer les procédures arbitrales, sauf dans les cas prévus par les clauses 20.7 et 20.8 où le litige peut être soumis à l'arbitrage. La clause 20.7 stipule que si l'une, ni l'autre partie n'a pas donné la notification de son insatisfaction dans les 28 jours, et si la décision du DAB est devenue définitive et que l'une des parties ne s'y conforme pas l'autre peut se référer à l'arbitrage. Selon l'article 20.8, les procédures arbitrales seront engagées en cas de non-conformité des parties à la décision DAB et en cas de non désignation de ses membres dans les délais requis.

La véritable originalité des conditions du Silver Book est le recours à un comité au lieu de soumettre le litige à l'ingénieur comme le prévoit l'article 67. La différence entre les deux systèmes est que, après la prise de décision pour le DAB, les parties notifient leur insatisfaction alors que, selon la clause 67, elles notifient leur intention de saisir l'arbitre. Dans les deux cas, les décisions s'imposent aux parties si aucune contestation n'est pas intervenue pendant les délais requis. Ainsi, le recours à l'arbitrage passe le recours au comité.

694. A vrai dire, la déclaration par les parties de leur insatisfaction à l'égard de la décision du DAB paraît illogique. Elle pourrait, en effet, exposer la société de projet et le constructeur à une perte de temps. Il est vrai que la partie contre laquelle la décision est prise aura déclaré son insatisfaction. C'est pourquoi, nous pouvons affirmer que la décision du DAB doit être

⁹³⁶ Voir article 20.4 conditions du Silver Book.

⁹³⁷ Cet article prévoit « *the decision shall be binding on both parties promptly give effect to it unless and until it shall be revised in an amiable settlement or an arbitral award (...)* »

immédiatement exécutée, sans qu'un recours devant l'instance juridictionnelle prévu au contrat ou devant le tribunal arbitral avec effet suspensif, ne puisse retarder la mise en exécution. On peut donc établir un équilibre permettant la mise en œuvre de la décision et de la procédure d'appel tout en évitant un retard dans son exécution. Dans les contrats de concession du Tunnel sous la Manche et du Pont sur le Tage, les parties ont adopté ce système.

695. Cette solution, dans un projet CET, évite aux parties le retard dans l'achèvement du projet, et au niveau des conséquences financières, le phénomène de « boule de neige⁹³⁸ ».

Paragraphe II : L'intervention du tribunal arbitral selon la clause 67 des conditions FIDIC et le DAB

696. L'arbitrage prévu par la clause 67 et les conditions du Silver Book a un caractère subsidiaire. Il intervient à la suite de la soumission du litige à l'ingénieur ou au DAB. Il a pour objectif de garantir aux parties plus d'impartialité, l'objectivité et l'indépendance.

Nous examinons successivement les conditions relatives à la saisine du tribunal arbitral (Sous paragraphe I) et à sa mission (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I: Les conditions de saisine du tribunal arbitral

697. Ces conditions découlent de la clause 67, des conditions du Silver Book ou des contrats CET eux-mêmes.

A – Les conditions de saisie du tribunal de la clause 67

698. Dans ce cadre, trois conditions sont requises : la soumission préalable du litige à l'ingénieur, la notification de l'intention de recourir à l'arbitrage à l'autre partie et une tentative de règlement amiable. Relativement à la première condition ; les parties du contrat de construction sont tenues préalablement de soumettre à l'ingénieur tous les litiges survenant soit au cours de l'exécution du projet. A défaut, les litiges ne seront pas arbitraux⁹³⁹. Selon la

⁹³⁸ Jean – François BOURQUE, L'expérience du Centre International d'Expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale : Rev-arb. N° 2, 1995, p 274

⁹³⁹ Cependant, une affaire (Affaire CCI N° 4880. 1996. ICLR p. 278, obs. S. JARVIN) régie par la deuxième édition des conditions FIDIC semble avoir admis la saisine directe du tribunal arbitral sans la soumission

règle de la notification, si l'une des parties conteste la décision de l'ingénieur ou si ce dernier ne prend pas sa décision ou oublie de la notifier dans les 84 jours, notifier à l'autre partie son intention d'enclencher la procédure de l'arbitrage. Cette notification doit justifier le droit de son auteur de recourir à l'arbitrage. Il faut adresser aussi une copie de cette notification à l'ingénieur pour l'informer. La clause 67 oblige, enfin, les parties à tenter de régler le litige à l'amiable⁹⁴⁰. Toutefois, sauf accord contraire entre les deux parties, la procédure d'arbitrage peut être enclenchée à partir du 56^{ème} jour après la date de notification, qu'un règlement amiable ont été tenté ou non. Si la décision de l'ingénieur ne devient pas définitive et si aucun règlement à l'amiable n'intervient, le litige sera définitivement réglé, sauf stipulation contraire du contrat, selon les procédures du règlement de conciliation et d'arbitrage de l'ICC. Rien n'empêche l'arbitre de se reporter à des preuves et arguments autres que ceux qu'ont été développés devant l'ingénieur. Ainsi, l'ingénieur peut-il être cité comme témoin devant le tribunal arbitral⁹⁴¹. Les parties peuvent donc commencer l'arbitrage sans attendre l'achèvement du projet. En effet, le règlement des différends au fur et à mesure de l'exécution du projet permet aux parties de poursuivre les travaux.

B - Les conditions de saisine du tribunal arbitral selon le DAB

699. De la même façon que la clause 67, les conditions de saisine du tribunal arbitral sont : la soumission préalable du litige au DAB, la notification de l'insatisfaction de la décision du

préalable du litige à l'ingénieur. Le litige a opposé un entrepreneur libanais à un maître de l'ouvrage saoudien à propos de l'exécution d'un contrat de construction. Le maître de l'ouvrage soutenait que l'entrepreneur n'avait pas respecté la clause 67 qui impose la soumission préalable du litige à l'ingénieur. Donc, le litige n'était pas arbitral. En revanche, l'entrepreneur répliquait que le maître de l'ouvrage avait renoncé à recourir aux dispositions de la clause 67. Le tribunal arbitral a admis la renonciation à la clause 67 aux motifs que les usages du commerce ne font pas obstacle à la modification implicite de la clause 67 et que le droit saoudien permet aux parties de modifier le contenu du contrat pourvu qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public.

⁹⁴⁰ La clause 67 stipule, en effet, que « lorsqu'en application de la sous clause 67 – 1, l'une ou l'autre a partie a notifié son intention d'engager l'arbitrage pour régler un litige, cet arbitrage ne pourra pas être engagé si les parties n'ont pas d'abord tenté de régler le litige à l'amiable, à moins que les parties en décident autrement, l'arbitrage pourra être engagé à compter du 36^{ème} jour après la date de notification de l'intention d'engager l'arbitrage, qu'une tentative de règlement amiable ait été effectuée ou non. »

⁹⁴¹ La clause 67.3 conditions FIDIC prévoit que « tout litige à propos duquel la décision (éventuelle) de l'ingénieur ne s'impose pas définitivement et obligatoirement par application de la sous-clause 67.1, et qu'aucun règlement amiable n'a été obtenu pendant le délai défini à la sous-clause 67.2, est définitivement réglé, sauf autre stipulation du contrat, selon le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par un ou plusieurs arbitres désignés conformément à ce règlement. Ce ou ces arbitres ont plein pouvoir pour remettre en cause réviser et revoir toutes directive opinion, instruction, tout certificat ou toute évaluation de l'ingénieur ayant un lien avec un litige ».

Il faut noter que, dans la conduite de la procédure devant ce ou ces arbitres, aucune des deux parties n'est limitée aux seules preuves et arguments développés devant l'ingénieur afin qu'il rende sa décision en application de la sous clause 67.1. L'ingénieur peut être cité comme témoin devant l'arbitre.

DAB et une tentative de règlement à l'amiable. La règle de la soumission du litige préalablement au DAB est posée par l'article 20.2. Les conditions du Silver Book qui prévoit que « *dispute shall be adjudicated by a DAB in accordance with sub-clause 20.4* ».

La règle de la notification signifie, quant à elle, que si ni l'une, ni l'autre partie ne notifie son insatisfaction à l'autre dans les 28 jours suivant la décision du DAB, cette partie pourrait entamer les procédures arbitrales. En effet, la notification de l'insatisfaction rend la décision provisoire. A ce sujet, l'article 20.6 des conditions du Silver Book prévoit que le litige doit définitivement être tranché par l'arbitrage : « *.....any dispute in respect of which the DAB's decision (if any) has not become finaly and binding shall settled by international arbitration* ». Le résultat sera le même si le DAB n'a pas constitué ou a été mis en place, mais que la décision prise n'ait été acceptée par l'une des parties. Les conditions du Silver Book n'ont pas précisé si l'ensemble de la décision doit être soumise à l'arbitrage dans la situation où l'une des parties contestent partiellement la décision prise par le DAB⁹⁴². Enfin, aux termes de l'article 20.5 les Conditions du Silver Book, les parties doivent tenter de résoudre le litige à l'amiable. Cependant, l'arbitrage peut, sauf accord contraire des deux parties, être engagé à n'importe quel moment, après un délai de 56 jours à partir de la notification de l'insatisfaction, et même plusieurs années plus tard. A ce sujet, les conditions du Silver Book et la clause 67 sont similaires.

C – Les conditions de saisine du tribunal arbitral selon les contrats CET

700. Les contrats CET, au contraire des conditions du Silver Book et de la clause 67, obligent leurs parties à essayer de bonne foi avant de soumettre le litige à un comité de règlement des différends, de les résoudre par négociations mutuelles. Cette négociation met directement⁹⁴³ en présence les co-contractants. Cette négociation commence par une notification écrite par la partie insatisfaite à l'autre. L'article 19.1 du contrat CET du projet du Sidi Krin stipule que « *in the event that a dispute arises, the parties shall attempt in good faith to settle such dispute by mutual discussions within thirty (30) days after the date that the disputing party gives written notice of the dispute to other party* ». A titre facultatif, chacune des parties peut soumettre le litige au représentant ou au directeur executive de l'entrepreneur ou de la société de projet, qui tenteront de trouver une solution: "*either party may (but shall*

⁹⁴² Bruno de CAZALET et Rupert REECE, op. cit. 1996 p 300.

⁹⁴³ Alors que la conciliation se caractérise par l'intervention d'un tiers voir Gérard BLANC, la conciliation comme mode de règlement des différends dans les contrats internationaux. RTD com 1987 p 179.

not be compelled) refer the dispute to the executive officer or chief operating officer of the company and the chairman of EEA for further consideration and attempted resolution within (15) day after the dispute has been referred to such individuals". Il s'agit, donc d'une médiation directe exercée par des représentants de leurs directions générales respectives qui correspond à un *semi-trial* mais sans président médiateur⁹⁴⁴.

701. Il convient de préciser qu'il existe des lois sur la formule CET qui obligent les parties à tenter de régler leurs litiges par la négociation directe et par la conciliation avant la saisine d'un arbitre. Il en est ainsi de l'article 15 de la loi vietnamienne sur le BOT. Cet article dispose que les litiges entre la société concessionnaire et l'autorité concédante d'une part, entre cette première et les sous traitants d'autre part, doivent être préalablement réglés par voie de la négociation et de la conciliation. Au cas où ni la négociation, ni la conciliation n'aboutissent, les parties seront obligées de régler leur litige par voie de l'arbitrage⁹⁴⁵.

Sous paragraphe II : La mission du tribunal arbitral

702. On abordera l'étude cette mission selon la clause 67 (A) et les Conditions du Silver Book (B).

A – La mission du tribunal arbitral selon la clause 67

703. En réalité, la mission du tribunal arbitral complète celle de l'ingénieur⁹⁴⁶. Si ce dernier est investi des pouvoirs lui permettant d'examiner ou de trancher tous les litiges survenus soit au cours de l'exécution du projet ou après son achèvement, le rôle du tribunal arbitral se limitera à trancher le litige faisant l'objet ou aurait dû faire l'objet d'une décision de l'ingénieur. Cependant, l'obligation de recourir au préalable à l'ingénieur subit une exception selon laquelle des litiges peuvent être soumis directement au tribunal arbitral. En règle générale, le tribunal arbitral est compétent pour connaître des litiges faisant l'objet ou aurait dû faire l'objet d'une décision de l'ingénieur. En effet, ce n'est pas la décision elle-même qui sera soumise au tribunal mais le litige à l'occasion de laquelle cette décision a été rendue. Mais, les pouvoirs dont est investi le tribunal arbitral varient selon que les décisions

⁹⁴⁴ Jean-Claude de GOLDSMITH, Les modes de règlement amiable des différends, RDAE N° 2 1996, p 224

⁹⁴⁵ Hoang Phnue HIEP, Quelques problèmes juridiques vietnamiens concernant les projets d'investissement sous forme de BOT au Vietnam, RIDC N° 4 1997, p 879, le Dang DOANH, les rapports entre la société adhoc et la puissance publique ; RIDC N° 4, 1997, pp 889 et 5.

⁹⁴⁶ PEARSON, op. cit. Rev – art. N° 1 1972 p 337

sont contestées ou non. Quand les parties contestent la décision, le tribunal arbitral a plein pouvoir pour remettre en cause, réviser et revoir toute directive, opinion, instruction, tout certificat ou toute évaluation de l'ingénieur ayant un lien avec le litige. Ainsi, le rôle de l'arbitre ne se limite pas à trancher des litiges ayant fait l'objet d'une décision de l'ingénieur. Il s'étend aussi aux litiges ayant fait l'objet d'une décision n'ayant pas donné lieu à une exécution. Alors, le tribunal vérifie, avant de prendre une décision au fond, si le litige a été préalablement et régulièrement soumis à l'ingénieur, si le demandeur a notifié son intention à l'autre partie de soumettre le litige à l'arbitrage. En cas de réponse positive, il commence par examiner le fond du litige. Il ne se livre pas seulement à l'examen des seules preuves et arguments déjà développés devant l'ingénieur.

Si la décision n'est pas contestée, les litiges faisant l'objet de cette décision ne seront pas arbitraux. Cette absence de contestation rend, en fait, la décision définitive. Dans ce cas, son rôle se limite à l'examen de la régularité de la décision⁹⁴⁷. Il ne peut donc pas aborder le fond des litiges qui lui est soumis pour la première fois. Toutefois, exceptionnellement, il peut en être ainsi selon la clause 67.4 des conditions FIDIC. En effet, aux termes de cet article lorsque le maître de l'ouvrage ni l'entrepreneur n'ont pas notifié leur intention d'engager l'arbitrage d'un litige pendant le délai défini à la sous-clause 67.1 et que la décision prise à l'occasion de ce litige est devenue définitive et obligatoire si l'une des parties ne se conforme pas à cette décision. L'autre partie a la possibilité, sous réserve de tout autre droit, d'entamer l'arbitrage par application de la sous-clause 67.3. L'inexécution de la décision permet de saisir directement l'arbitre. Dans ce cas, le tribunal recherche la régularité de cette décision.

B – La mission du tribunal arbitral selon les conditions du Silver Book

703. Selon les conditions du Silver Book, le tribunal n'est pas une cour de cassation, mais tient lieu de cour d'appel. Aux termes de l'article 20.6 de ces conditions, le tribunal arbitral a les pouvoirs les étendus pour revoir ou réviser tout certificat, détermination et avis donnés par le maître de l'ouvrage ou examinés par le DAB. Les parties ne seront pas liées par les motifs déjà présentés devant le DAB ou contenus dans l'acte de notification de l'insatisfaction⁹⁴⁸,

⁹⁴⁷ Georges FLECHEUX, *op. cit.* Rev. Arb. N°4 1984 p 346

⁹⁴⁸ Christopher SEPPALA, *FIDIC new standard of contracts force majeure, claims, disputes and other clauses*, *op. cit.* 2000, p 252

mais au contraire, elles seront d'invoquer tout argument, preuve ou demander d'interroger les témoins déjà comparus devant le DAB ou de nouveaux témoins⁹⁴⁹.

Section II – Le règlement non juridictionnel relatif aux recommandations à caractère facultatif : le recours à l'expertise technique

704. L'expertise technique est une solution utile et adéquate aux litiges pouvant survenir à la phase de l'exploitation du projet CET. Le recours à l'expertise technique est beaucoup plus judicieux que celles prévues par la clause 67 et le DAB du Silver Book. En effet, si les solutions de la clause 67 et du DAB s'imposent aux parties, les solutions de l'expert sont des recommandations facultatives à l'égard des parties. Il faut aussi tenir compte de ce que dans la plupart des projets CET, très complexes, les litiges sont souvent d'ordre technique. Dès lors, il est préférable de faire appel à des personnes ayant une expérience et connaissance suffisante pour trancher ces litiges.

C'est ainsi que dans la plupart des projets internationaux de construction, les parties ont souvent recours au mécanisme de l'expertise technique (paragraphe I) dont le fonctionnement est soumis à des règles établies par des organismes internationaux. (Paragraphe II)

Paragraphe I : Le règlement non juridictionnel par l'expertise technique

705. Il ne paraîtra pas logique de soumettre le règlement de différends nés de ces projets à des juges ou des arbitres car il leur manquerait de connaissances techniques indispensables. L'expertise technique est préférable. L'examen du mécanisme de l'expertise comme mode non juridictionnel de règlement des litiges du projet CET nous amène à aborder en premier lieu, la définition de la notion d'expertise technique (Sous paragraphe I) avant d'exposer les litiges qui peuvent être soumis à l'expert et leur valeur juridique. (Sous paragraphe II)

Sous paragraphe I : La compréhension de l'expertise technique

706. Nous envisagerons la définition (A), les différentes catégories (B) et la méthode de choix de l'expert (C).

⁹⁴⁹ Article 20.6. des conditions du Silver Book.

A – La définition de la notion d'expertise technique

707. D'après M. JARROSSON, l'expertise « est une institution par laquelle est impartie à un tiers la mission de donner un avis sur un problème technique⁹⁵⁰ ». Ce tiers expert est généralement un spécialiste ayant une connaissance et une expérience avérées⁹⁵¹ lui permettant de résoudre des litiges techniques. On note, d'évidence, que l'expertise est subordonnée à la volonté des parties de soumettre leurs litiges à un expert. Si la technique de l'expertise ressemble à l'arbitrage, du fait de l'expression dans les deux mécanismes de la volonté des parties, la technique de l'expertise technique s'en différencie à plusieurs égards⁹⁵² ; notamment :

- si l'arbitre est un juge, l'expert est, par contre, un tiers technicien ayant une expérience technique.
- si l'expert a pour mission de donner un avis facultatif pour le juge et les parties, l'arbitre, par contre, rend une sentence qui s'impose au juge et aux parties.
- enfin, si l'arbitre statue sur des litiges à caractère juridique, l'expert, quant à lui tranche des litiges à caractère technique.

B – Les types d'expertises

708. Il existe deux types d'expertises : l'expertise pré-arbitrale (1) et l'expertise arbitrale (2).

1°) L'expertise pré arbitrale

709. Pour les parties, l'objectif de cette expertise est de constater le litige avant d'engager l'arbitrage. En effet, les parties y font recours afin de préparer la solution appropriée à un éventuel litige en recherchant une solution aux difficultés de fait⁹⁵³ auxquelles les parties sont confrontées pendant l'exécution du projet. L'expertise pré arbitrale soulève deux interrogations : quel est l'intérêt de la désignation d'un expert avant de recourir à l'arbitrage ?

⁹⁵⁰ Charles JARROSSON, *op. cit.* 1987 p 123

⁹⁵¹ Jean-François BOURQUE, l'expérience du Centre Internationale d'Expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale *Rev. arb.* N° 2 1995 – p 232

⁹⁵² Charles JARROSSON, *op. cit.* 1987 p 122

⁹⁵³ Charles JARROSSON. *Op. cit.* 1987 p 138

Est-ce que les constatations et les recommandations faites par l'expert obligent l'arbitre qui sera ultérieurement appelé à trancher le litige ? On ne peut nier l'intérêt pour les parties de recourir à l'expertise. L'expertise permet aux parties d'identifier les litiges au moment de leur naissance. Le constat de la réalité des faits ou d'une difficulté d'ordre technique permet aux parties de trouver des solutions appropriées et leur évite l'aggravation des problèmes techniques survenus. En effet, un retard, dans ce sens, pourrait les empêcher de trouver des solutions adéquates. L'expert a compétence pour établir professionnellement la matérialité des faits, origine des litiges⁹⁵⁴ ; en facilitant le rôle de l'arbitrage. Dans le cas contraire, la mission de l'arbitre sera difficile pour déterminer les causes des litiges. La mission de l'expert facilite la conduite de l'arbitrage ultérieur⁹⁵⁵.

Mais si l'intérêt de l'expertise pré arbitrale est d'identifier les litiges à leur naissance, il est à craindre que le temps écoulé entre cette expertise et l'arbitrage ultérieur n'entraîne des évolutions considérables de la situation de fait⁹⁵⁶. Par contre, en situation normale ou idéale (l'intervention rapide de l'expert), l'arbitre va bien fonder sa sentence sur la situation de fait. On peut évoquer, dans ce sens, une affaire soumise à l'arbitrage de la CCI. Elle opposait un entrepreneur (une firme européenne) à un maître de l'ouvrage. L'objet du contrat était la construction d'une usine dans un pays en voie de développement. Les deux parties avaient convenu qu'un certain nombre de travaux sera effectué par le maître de l'ouvrage lui-même (travaux de soudure dans les fondations de l'usine). Au cours de l'exécution du contrat, l'entrepreneur a remarqué que ces travaux n'ont pas été exécutés conformément aux exigences techniques stipulées dans le contrat. Il a estimé que la technique utilisée pour sonder n'était pas améliorée ; des vibrations anormales ont affecté le fonctionnement de l'usine. Le maître de l'ouvrage n'a pas adhéré à la contestation de l'entrepreneur. Ce dernier s'est borné à confirmer par écrit sa contestation par une déclaration unilatéralement tout en poursuivant l'exécution du projet. Trois ans plus tard et lors de la réception provisoire des installations, le maître de l'ouvrage a refusé l'usine sous prétexte que le fonctionnement des installations n'est pas conforme aux exigences techniques du contrat. En répondant à cet argument, l'entrepreneur a rappelé que la non-conformité résulte de l'exécution défectueuse des soudures.

⁹⁵⁴ Lazare KOPELMANAS. Le rôle de l'expert dans l'arbitrage commercial international, *Rév. Arb.* N° 2 1979 p 206

⁹⁵⁵ Michel DUBISSON. La négociation des marchés internationaux, *Moniteur*, 1982. p 233

⁹⁵⁶ Yves DERAÏNS, Expertise technique et référé arbitral, *Rev. Arb.* N° 3 1982 p 241

710. Ce litige a été porté devant des arbitres. Le tribunal arbitral a estimé que la solution dépend fondamentalement d'une vérification de la qualité des soudures. Le tribunal avait le choix entre la désignation d'un expert ou de s'en tenir aux déclarations de l'entrepreneur assortie éventuellement de témoignage. Mais ces démarches n'auront pas d'effets efficaces. Dans cette affaire, l'intervention de l'expert au moment du désaccord des parties sur la qualité des soudures aurait eu deux intérêts : éviter le recours à l'arbitrage, donc éliminer la procédure à la fois lente et coûteuse et mettre à la disposition du tribunal arbitral une preuve certaine et juste de la qualité réelle des soudures⁹⁵⁷. En outre, on se pose des questions sur la valeur juridique des constatations et recommandations faites par l'expert dans les projets CET. En d'autres termes, les arbitres sont-ils liés par les constatations et recommandations faites ?

L'article 8.3 du Règlement d'Expertise technique de la CCI dispose que « sauf stipulation contraire les constatations ou les recommandations de l'expert n'auront pas d'effet obligatoire pour les parties ». En réalité, ces constatations et recommandations n'auront d'effet obligatoire à l'égard des parties que si les parties les ont approuvées. Logiquement, les arbitres sont liés aussi par les constatations et les recommandations de l'expert⁹⁵⁸. La subordination du caractère obligatoire des recommandations et constatations de l'expert à la volonté des parties confèrent ainsi à l'expertise une valeur contractuelle. « Elle s'incorpore au contrat, et le juge ou l'arbitre devra la respecter comme n'importe quelle clause du contrat⁹⁵⁹ ».

2°) L'expertise arbitrale

711. L'expert peut aussi intervenir pendant le déroulement de l'arbitrage. La différence entre l'expertise pré arbitrale et l'expertise arbitrale réside dans la qualité de l'expert et en la nature de sa décision. Dans l'expertise pré arbitrale, l'expert est un simple tiers et sa décision ou plutôt son avis ne lie ni les parties, ni le juge ou l'arbitre, investi des mêmes prérogatives et devoirs. L'expertise arbitrale n'est ni un arbitrage ni une expertise.

Elle n'est pas un arbitrage parce que l'expert ne bénéficie pas d'un pouvoir juridictionnel ; elle n'est pas non plus une expertise dans la mesure où le juge appelé à trancher le litige doit

⁹⁵⁷ Affaire citée par Yves DERAÏNS, *op. cit.* Rev. Arb. 1982 pp 240 et 5.

⁹⁵⁸ Dans le même sens Charles JARROSSON, *op. cit.* 1987 p. 137

⁹⁵⁹ Charles JARROSSON, *op. cit.* 1987 pp 137 et 138

respecter les constatations de l'expert⁹⁶⁰. Dans l'expertise arbitrale, l'intervention de l'expert peut prendre plusieurs formes. L'expert peut jouer un rôle d'arbitre comme il faut comparaître en tant que témoin⁹⁶¹. L'intervention de l'expert comme arbitre présente des inconvénients et des avantages. Relativement aux inconvénients⁹⁶², l'expert – arbitre, en vertu de ces connaissances techniques, peut exercer une influence sur les deux autres arbitres, ce qui peut provoquer des objections de la part de la partie adverse. Il sera, d'ailleurs, difficile pour le président du tribunal arbitral assisté par deux arbitres experts, de se prononcer sur une différence d'appréciation entre les deux arbitres experts relatifs aux aspects techniques du litige.

Relativement aux avantages, les experts désignés comme arbitre possèdent, outre des connaissances techniques, des connaissances juridiques sur les procédures de l'arbitrage. Dans le cas contraire, une commission peut être désignée et aura pour mission de préparer les procédures arbitrales et de déduire les solutions juridiques à partir des avis des experts.

Au surplus, le recours à un expert – arbitre est nécessaire dans la mesure où chaque litige a des aspects techniques. Ce qui permet aux arbitres de bien comprendre le litige dans sa globalité : aspects techniques et juridiques.

3°) La méthode du choix de l'expert dans les projets CET

712. Les parties dans les projets CET ont systématiquement recours à l'arbitre pour résoudre leur différends techniques. L'article 18.1 du contrat CET du Suez Gulf en Egypte prévoit que si les différends ne sont pas résolus par les négociations mutuelles des parties pendant les trente jours suivant la notification écrite de la partie plaignante à l'autre pour commencer de telles négociations, ils sont confiés à un expert.⁹⁶³ Le choix de l'expert a donc

⁹⁶⁰ MOTULSKY K. Préface de l'Expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe, Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de Paris T.XXXII Paris 1969, Avant – propos de F. TERRE.

⁹⁶¹ Lazare KOPELMANAS, op. Cit. Rev. Arb : 1979 p 208

⁹⁶² Idem, pp 209 et S

⁹⁶³ L'article 18.1 dispose que : « *In the event that a Dispute arises, the Parties shall attempt in good faith to settle such Dispute by Mutual discussions within thirty (30) Days after the date that the disputing Party gives written notice of the Dispute to the other Party. Which may include referring the Dispute to the Operating Committee for resolution within such thirty (30) Day period. Provided, however, that any matters that are described in Section 10.9 (b) of this Agreement shall be referred to the operating committee for its review and recommendation or attempt resolution where appropriate within such thirty (30) day period however, that if the Dispute involves the amount of an invoice and payment of such invoice, then the Dispute shall be immediately referred for consideration and resolution by an expert pursuant to section 18.2 of this Agreements.* L'alinéa de l'article 18 du même contrat prévoit que "*in the event that the Parties are unable to resolve a Dispute in accordance with Section 18.1 may after the Dispute to an expert for consideration of the Dispute and to obtain a recommendation from the expert as to the resolution of the Dispute...* "

une importance majeure. Comme l'arbitre, l'expert doit être neutre indépendant et impartial. Pour assurer la neutralité, l'impartialité et l'indépendance, il faut choisir un expert n'ayant aucun lien professionnel avec l'une des parties dans l'exécution du projet en BOT. Il est même recommandé qu'il n'ait pas de lien avec le pays des promoteurs ou d'accueil du projet. Il ne doit pas être aussi un employé ou un agent de la société de projet. Des prêteurs, de l'autorité concédante ou un actionnaire possédant plus de 10% du capital de la société de projet : « ... *provided, however : that no expert selected pursuant to this section 18.2 shall be a national of Egypte (the Bidder's country) nor shall any expert be employee or agent or former employee or agent of Company, EEA , the lenders or any shareholder that directly or beneficially owns ten percent (10%) or more of the share capital of the Company.* »

Selon le Règlement d'Expertise Technique de la CCI, les parties au projet CET sont libres de choisir l'expert par un commun accord. Dans ce cas, il faut notifier au Président de la CCI, les noms des experts. Si les parties n'arrivent pas à signer un tel accord, c'est le Président de la CCI qui désigne un tel expert (article 4). A ce propos, le contrat CET précité stipule que: « *the party initiating submission of the Dispute to the expert shall provide the other Party with a notice stating that it is submitting the Dispute to an expert and nominating the person it proposes to be expert, notify the initiating. Party whether such person is acceptable. If the Party receiving such notice fails to respond or notifies the initiating Party that the person is not acceptable, the Parties shall meet and discuss in good faith for a period of ten (10) Days to agree upon a person to be the expert. If the Party are unable to agree, the responding Party shall by the end of such ten (10) Day period nominate a person to be an expert, where upon the two nominated experts shall meet and agree upon a third person who shall be the expert. Failing such agreement by the nominated experts, the expert shall be selected by the International Center for Expertise.* » L'expert choisi par les parties ou le Président de la CCI peut être une personne physique comme l'arbitre ou une personne morale (un laboratoire ou institut de recherche ou de technologie ou un institut de recherche ou de technologie ou groupe de consultant⁹⁶⁴) contrairement à l'arbitre. L'approbation des banques ou des prêteurs est requise à l'occasion du choix de l'expert : « *All Dispute involving invoices submitted by one Party to the other Party under Agreement and Disputes under Sections 4.6.9 et b) and 12.8 of this Agreement shall be submitted to an expert to be selected by mutual agreement of the Parties and with the lenders approval... »*. De même que le contrat subit les aléas du temps, l'expertise n'en échappe pas: décès de l'expert, démission de l'un des membres du

⁹⁶⁴ Jean-François BOURQUE, op. Rev. Arb. 1995. p 249

comité d'expert etc⁹⁶⁵. En prévision de ces cas de figure, les parties doivent, dans les projets en BOT, prévoir un expert alternatif qui remplacerait l'expert décédé, démissionnaire, empêché par son pays pour des raisons politiques ou qui ne serait pas en mesure de remplir ses fonctions⁹⁶⁶.

Les critères de choix de l'expert alternatif ou suppléant sont les mêmes que ceux utilisés pour le choix de l'expert : « ... *Such alternative expert shall be selected in accordance with the procedures for selecting the primary expert...* ». A cette étape, l'article 7 du Règlement d'Expertise de la CCI donne au Président du Comité Permanent le pouvoir de remplacer l'expert dans trois hypothèses : en cas de décès, l'empêchement ou démission de l'expert, en cas de d'inacceptation par l'une des parties de l'expert, ou lorsque l'expert ne remplit pas ses fonctions.

Sous Paragraphe II : Les attributions de l'expert et la valeur de ses avis

713. Sur la base du contrat CET, on essaiera d'appréhender les différends qui peuvent être soumis à l'expert (A) et la valeur juridique de ses avis. (B)

A – Les litiges soumis à l'expert

714. L'expert examine particulièrement les problèmes d'ordre technique qui surgissent fréquemment au cours de l'exécution du projet CET. Le présent de l'expert s'impose en raison de la technologie complexe qui doit être mise en place, la multiplicité des relations contractuelles interdépendantes et entrelacées⁹⁶⁷. Dans le cadre de ces relations, nous évoquerons un certain nombre de problèmes techniques qui peuvent être soumis à l'expertise pendant la période de construction (1) et celle de l'exploitation. (2)

⁹⁶⁵ Même si le Règlement d'expertise de la CCI prévoit la nomination d'un seul expert, l'expertise technique pourrait être mise en œuvre par un comité composé de trois experts. C'est le cas du contrat en BOT pour la construction et l'exploitation d'une génératrice électrique en Egypte du Suez Gulf.

⁹⁶⁶ « *The Party shall also select an alternative expert for Dispute involving invoices who shall serve in the primary experts stead in cases where such expert is unavailable for any reason to resolve a Dispute concerning an invoice...* »

⁹⁶⁷ On est en fait, dans un complexe contractuel indivisible. Le contrat en BOT crée, en effet, plusieurs relations : les relations financières entre le syndicat bancaire et la société concessionnaire, les relations techniques entre d'une part, l'entrepreneur et l'ingénieur et l'entrepreneur et la société de projet d'autre part, et les relations entre la société de projet et le fournisseur de matières premières.

Voir aussi André BRABANT, op cit. 1981 p 359

1- L'intervention de l'expert pendant la construction

715. Les circonstances d'intervention de l'expert sont diverses. On peut donner un certain nombre d'exemples. En cas de sous-traitance, de multiples problèmes techniques peuvent survenir entre les circonstances et les sous-traitants⁹⁶⁸

Des parties constatent, à la réception des travaux, des anomalies qui ne vérifient pas la conformité des travaux aux documents, plans et spécifications contractuelles. E ce stade, généralement, le contrat de construction fixe, à défaut de dispositions légales⁹⁶⁹ les essais mécaniques et décimales et prévoit les conséquences. Il est aussi concevable que la société de projet tombe en faillite, pendant l'exécution du contrat. Cette situation pourrait survenir en raison l'augmentation des coûts de construction, de l'insuffisance de la capacité technique nécessaire à la poursuite de l'exécution du projet. Dans cette hypothèse, des problèmes peuvent résulter de l'évaluation des actifs de la société de projet, de la détermination des biens propriétés de la société tout au long de la période de concession et qui seront retournés à l'autorité concédante. Enfin, les litiges, au cours de cette période, peuvent être relatifs aux usages bancaires en matière de garantie, des crédits et de la propriété industrielle (brevets d'intention, marques commerciale déposées etc).

2- L'intervention de l'expert pendant la période d'exploitation

716. On peut noter ici les interventions de Comité d'expert, « *Operating Committee*⁹⁷⁰ » dans certains contrats. Le comité est responsable du bon fonctionnement du projet. Il a la charge de prendre toutes les mesures nécessaires pour poursuivre l'exploitation des installations, établir les procédures concernant l'interaction du complexe proposer des solutions à d'autres questions de caractère technique, et résoudre les différends résultats de l'exploitation ou de la maintenance des installations. Il propose également les arrangements à

⁹⁶⁸ Une affaire a été soumise au Centre Internationale d'Expertise relative à un problème technique entre un entrepreneur et un sous-traitant à propos de la construction d'une centrale électrique. Le Centre a été saisi en vertu d'une clause insérée dans le contrat de sous-traitance prévoyant le recours au Règlement d'Expertise de la CCI pour résoudre les problèmes à caractère technique. Au cours de l'exécution des travaux des modifications ont été apportées à un rotor de turbine. A la suite d'une demande conjointe des parties, un expert a été nommé en vue d'examiner en laboratoire si telles modifications permettent d'écouter jusqu'à un certain seuil de tolérance les vibrations se produisant lors de la mise en marche du générateur installé par le sous-traitant – (Affaire citée par Jean-François BOURQUE, cit. Rev. Arb. 1955 pp 238 et 239, 267 – André BRABANT, op. cit. 1981, pp 341 et S.

⁹⁶⁹ André BRABANT, op. cit. 1981, pp 341 et S.

⁹⁷⁰ Il en a été ainsi dans les projets de Sidi Krir et de Gulf de Suéz en Egypte et du Tunnel sous la Manche.

suivre en cas de force majeure. Le comité doit fournir des efforts raisonnables en vue de résoudre les différents soulevés pendant l'exploitation du projet⁹⁷¹. Rappelons nous l'existence et l'importance du contrat de fournitures dans les projets CET. Ce contrat a pour objet de mettre à la disposition de la société de projet les matières premières nécessaires à l'installation de l'équipement. Le fournisseur s'engage par ce contrat à livrer la quantité et la qualité exactes de matières, dans les délais fixés par le contrat. Dans cette relation contractuelle, les problèmes techniques susceptibles de survenir sont la non-conformité des matières procurées aux exigences et spécifications du contrat.

717. A ce stade, on peut citer une affaire soumise au Règlement d'expertise de la CCI. Elle a opposé une société nord-africaine à une société européenne chargée de lui fournir du matériel d'occasion devant s'intégrer dans un complexe industriel laitier. A la suite de la demande de l'acheteur, un expert a été nommé. Son rôle était de vérifier si le matériel fourni répondait techniquement à l'usage auquel il était destiné aux termes du contrat de fourniture, d'établir dans quelles conditions les stérilisations de lait pouvaient fonctionner et de procéder à l'analyse technique du matériel afin de déterminer la nature des anomalies et les responsabilités⁹⁷².

B – La valeur juridique des avis de l'expert

718. Contrairement aux décisions de l'ingénieur dans le cadre de la clause 67 des conditions FIDIC et du DAB des Conditions du Silver Book et de l'arbitre, les constatations et recommandations de l'expert ne s'imposent pas aux parties. Leur obligatorité est liée à la volonté des parties: « *unless the parties agree in a writing signed by BOT parties at the time the expert is selected stating that the decision of the expert will be final and binding the determination of the expert shall not be final and binding.* » Si aucune des deux parties n'acceptent pas ces recommandations, chacune d'elles peut entamer les procédures arbitrales: « *if a party does not accept the recommendations of the expert with respect to the dispute, it may initiate arbitration proceedings* ». Dans ce contrat pour le projet en BOT du Suez Gulf, les parties semblent adopter les règles Centre International d'Expertise. Ces règles distinguent entre la valeur juridique des constatations et des recommandations de l'expert entre les parties elles-mêmes et leur valeur à l'égard du juge ou de l'arbitre appelés ultérieurement à statuer.

⁹⁷¹ « *The Operating Committee shall use reasonable efforts to resolve Dispute where appropriate in accordance with the procedures established in Section 18.2 of this Agreement* » (contrat en BOT du projet du Suez Gulf)

⁹⁷² Affaire citée par Jean-François BOURQUE, op. Rev. Arb.

En ce qui concerne la force obligatoire des constatations et des recommandations de l'expert à l'égard des parties, le Règlement d'Expertise de la CCI (Article 8.3) envisage deux hypothèses. La première hypothèse est que les recommandations de l'expert n'ont pas, en principe, de valeur obligatoire et définitive pour les parties. Dans ce cas, les parties ne sont pas tenues d'exécuter les recommandations et les constatations de l'expert. Mais, elles peuvent avoir valeur de présomption susceptible de renverser la charge de la preuve ou servir de commencement de preuve.⁹⁷³ Probablement, les constatations et recommandations de l'expert auront plus de valeur aux yeux de l'arbitre que les autres preuves apportées par les parties⁹⁷⁴.

Dans la deuxième hypothèse, les recommandations et constatations de l'expert n'ont de valeur définitive et obligatoire que si les parties en conviennent expressément. Dans ce cas, ces constatations et recommandations n'obligent pas seulement les parties, mais aussi le juge ou l'arbitre qui sera éventuellement saisi pour trancher le litige. Il est à noter que l'effet obligatoire donné aux recommandations ou constatations de l'expert par les parties ne leur confèrent aucun caractère juridictionnel, et ne possèdent donc pas les attributs reconnus aux sentences arbitrales⁹⁷⁵. S'il en est ainsi, comment fonctionne l'expertise institutionnelle ?

Paragraphe II – Les règles de fonctionnement de l'expertise institutionnelle

719. L'expertise technique est devenue la mode dans la conduite de grands projets internationaux de construction selon la formule CET. Pour preuve, la plupart des guides⁹⁷⁶ des organismes internationaux⁹⁷⁷ et des chambres de commerce international⁹⁷⁸ recommandent l'intervention d'un expert pour résoudre les litiges techniques. Avant d'aborder la mission et la valeur juridique des recommandations de l'expert (Sous paragraphe II), il convient d'abord

⁹⁷³ Jean-François BOURQUE, op. cit. Rev. arb. 1995 p 260

⁹⁷⁴ KOPELMANAS, op. cit. Rev. Arb. 1979, p 212

⁹⁷⁵ Cf. Jean-François BOURQUE, op. cit. 1995 p. 261. Il ajoute qu'aucune juridiction étatique ne serait obligée, au regard de l'article II (3) de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères à se déclarer incompétente si elle était saisie d'un litige portant sur une question au sujet de laquelle les parties avaient conclu une convention d'expertise :

⁹⁷⁶ Les Guides de la Commission économique pour l'Europe des Nations-Unies sur la rédaction des contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels en son article 48 recommande l'expertise technique pour les contrats internationaux de coopération industrielle et de contrats internationaux entre parties groupées (consortium).

⁹⁷⁷ L'article 27 règles d'arbitrage de la CNUDCI offre la possibilité pour le tribunal arbitral, de faire intervenir un expert dans le cadre de la procédure arbitrale.

⁹⁷⁸ On peut évoquer les règles de l'expertise de la CCI, de l'Association japonaise pour le Développement de l'Ingénieur (Engineering Advancement Association of Japan – ENAA 1992)

d'envisager le cadre général de l'expertise technique à l'occasion de ces règlements. (Sous paragraphe I)

Sous paragraphe I : Le cadre général de l'expertise dans certains organismes

720. Après avoir passé en revue l'organisation générale de l'expertise technique (A) on étudiera l'opération de désignation de l'expert (B) dans ces systèmes.

A – L'organisation générale de l'expertise technique

721. Le Centre d'Expertise de la CCI a été créé dans l'objectif de résoudre les problèmes à caractère technique survenus dans les opérations au niveau de ce Centre est assuré par un Comité Permanent et un Secrétariat. Le comité s'occupant de compétences techniques, le Secrétariat préparant les questions juridiques. Le Comité est constitué de cinq membres nommés par la CCI pour un mandat renouvelable de trois ans, spécialisés dans les domaines de la construction de grands projets, de la chimie, du génie civil et de la propriété industrielle et intellectuelle. Dans le but de garantir l'indépendance des membres, ces derniers ne peuvent être désignés par le centre comme expert. Le Secrétariat est assuré par la CCI⁹⁷⁹.

722. Le système de l'adjudication a été introduit par le nouveau contrat d'engineering de l'*Institution of Civil Engineers* du Royaume-Uni ce système est comparable à celui de l'ingénieur conseil dans le cadre de la clause 67 des Conditions FIDIC. Les Comités de Règlement des litiges (*Dispute Review Boards, DRB*) ont été créés par la pratique aux Etats-Unis (Association Américaine des Ingénieurs Civils) pour trouver des solutions aux différents surgissant dans la construction d'autoroute, de ponts et de tunnels ; ensuite ils se sont répandis dans les marchés internationaux de construction. En ce qui concerne la clause d'expertise facultative, elle est toujours insérée dans les contrats types de l'ENAA du Japon.

B – La désignation de l'expert

723. Selon le Règlement d'Expertise de la CCI, les parties à un différent dans le cadre de l'exécution du projet CET ont le choix entre deux méthodes de désignation de l'expert. La désignation de l'expert par les parties elles-mêmes ou par le Centre. C'est l'article 4 du

⁹⁷⁹ L'article 1 du Règlement d'expertise de la CCI

Règlement d'expertise qui donne la possibilité aux parties de désigner l'expert. Cet article dispose, en effet, que « sur demande d'un arbitre ou de toute personne, le Président du Comité permanent peut proposer le nom d'un ou de plusieurs experts... ». Cette demande de proposition peut aussi provenir du tribunal arbitral ou des parties au différend. La demande est adressée au Président du Comité permanent. A la suite de cette demande et dans un délai raisonnable, plusieurs positions peuvent intervenir. Abstraction faite de la personnalité de l'expert appartenant dans la majorité des cas à un pays étranger, la désignation d'un expert par le centre comporte pour les parties du projet CET des avantages considérables désignations d'un expert neutre n'ayant aucun lien professionnel ou toute autre relation avec les parties, indépendant des parties et spécialiste du problème technique en cause. Le recours au centre constitue donc un gage de raineté⁹⁸⁰ et de crédibilité au profit des parties. Dès que le Président du Comité permanent propose le nom de l'expert et le notifie aux parties, la mission du Centre prend fin. A ce moment, la décision de retenir ou non l'expert proposé appartient, dès lors, aux parties ou, selon le cas, au tribunal arbitral. Elles ont le droit de vérifier l'indépendance, la neutralité et l'objectivité de l'expert.

724. La désignation d'expert par le Centre d'expertise suppose que les parties ont convenu de recourir à la procédure de l'expertise en cas de survenance de problèmes techniques. Le recours au Centre d'Expertise repose donc sur le l'existence préalable d'un accord d'expertise. Cet accord prend la forme d'une clause insérée dans le contrat fixant l'expertise comme un mode de règlement des litiges. A ce sujet, la CCI propose une clause type rédigée comme suit : « les parties au présent contrat conviennent d'avoir recours, le cas échéant, au Centre International d'Expertise de la Chambre de Commerce International conformément au Règlement d'Expertise de celle-ci ».

Les parties doivent déterminer soigneusement les questions qui seront soumises à l'expert (problèmes financiers, mécaniques, conformité des matières premières avec les spécifications du contrat etc.), les indications relatives au choix de l'expert et les limites de son intervention. Tous ces éléments susmentionnés avec une copie de l'accord des parties et une demande sont adressés au Secrétariat du Centre International d'expertise de la CCI. La demande est accompagnée de la somme 1.000 \$ us non remboursable représentant une avance sur les frais administratifs du Centre⁹⁸¹.

⁹⁸⁰ Jean-François BOURQUE, op. cit. 1995. p. 249

⁹⁸¹ Cf. article du Règlement de l'Expertise.

La demande peut être formulée par les deux parties ou par l'une d'entre elles, et une copie dans ce dernier cas, de la demande doit être communiquée par le centre à l'autre partie en lui demandant, dans un délai imprécis, de représenter ses commentaires. Le problème technique peut présenter une certaine technicité. Il est alors possible de désigner des assistants à l'expert. Dans ce cas, l'expert gère et maîtrise l'expertise. Par contre, si dans leur convention, les parties mentionnent l'intervention de plus d'un expert, l'expertise se déroule quand même en fonction de l'accord des experts. A ce propos, pour éviter le désaccord entre les experts, les règles de la prise de décision au sein du collège des experts doivent être préétablies par les parties. A l'occasion du choix des experts, un certain nombre de critères doit être respecté par le Comité. L'expert doit être indépendant des parties. Le Comité doit donc s'assurer que l'expert pressenti n'a aucun lien contractuel ou professionnel avec les parties. Il faut qu'il ne soit pas ressortissant du pays d'accueil du pays des soumissionnaires ou un ayant ou employé de la société de projet ou des prêteurs.

L'expert doit aussi être impartial et avoir la compétence technique nécessaire lui permettant d'examiner le problème en cause. Le respect du principe du contradictoire est encore obligatoire. Selon la clause – type de contrats de l'ENAA, les règles de désignation de l'expert sont comparables à celles du Centre d'expertise. L'expert peut être désigné conjointement par les parties ou par le Centre International d'expertise de la CCI. Mais, contrairement aux règles du Centre d'Expertise selon lesquelles l'une des parties peut déposer une demande en cas d'existence d'un accord d'expertise, la clause de l'ENAA prévoit que la demande doit être formulée par les deux parties. Dans ce cas, le Président du Comité permanent doit désigner l'expert dans les 21 jours suivant la demande. Si le contrat ne comporte pas la clause – type 6.2 de l'ENAA⁹⁸², le différend est porté à l'arbitrage. Comme le règlement d'Expertise de la CCI, la clause – type de l'ENAA prévoit la désignation d'un seul expert. La constitution des DRB peut être mentionnée dans le cahier des charges destiné aux entreprises soumissionnaires. Elle peut également intervenir après la signature du contrat, au début des travaux⁹⁸³.

725. A la différence du Règlement d'Expertise de la CCI et de la clause – type de l'ENAA prévoyant la désignation d'un seul expert, le DRB est composé de trois membres choisis après la passation du marché, et avant la survenance d'un différend. Sur ce point, le DRB et la clause-type de l'ENAA qui exigent la désignation de l'expert avant la survenance de tout

⁹⁸² Citée par Jean-François BOURQUE, op. cit. 1995 pp 241 et 242

⁹⁸³ Idem p 243

différend, se différencie du Règlement d'Expertise de la CCI qui permet la désignation d'un expert soit avant ou après la survenance du différend.

Dans l'Adjudication du nouveau contrat d'*engineering* de l'*Institution of Civil Engineers* du Royaume-Uni, la désignation de l'Expert intervient à la suite d'un commun accord entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur avant le début des travaux⁹⁸⁴. Le système de l'Adjudication est donc comparable à celui du Règlement d'Expertise de la CCI et de la Clause type de l'ENAA, qui prévoient la possibilité de désigner l'expert conjointement par les parties, mais contrairement au Règlement d'Expertise de la CCI, la désignation de l'expert selon la clause – type de l'ENAA et le DRB doit intervenir avant la survenance du différend.

Sous paragraphe II : La mission et la valeur juridique des recommandations de l'expert

726. On abordera successivement la mission de l'expert (A) et la valeur juridique de ses recommandations. (B)

A – La mission de l'expert

727. Contrairement au conciliateur qui cherche à rapprocher des points de vue opposés, l'expert après avoir effectué les constatations sollicitées par les parties, essaie d'élaborer un avis de nature technique⁹⁸⁵. L'article 8 (a) du Règlement d'Expertise de la CCI dispose que « l'expert est habilité à effectuer contradictoirement les constatations sollicitées, dans les limites fixées par la demande d'expertise. » Par conséquent, la mission de l'expertise pourrait être fixée conjointement par les deux parties ou de façon unilatérale par l'une d'elles. Dans ce dernier cas, l'absence de réponse de l'autre partie ou son opposition⁹⁸⁶ n'empêche pas l'expertise régulièrement démarrée de se poursuivre. Après avoir établi son rapport, l'expert le notifie aux parties. Au cours du déroulement de l'expertise, les parties sont tenues de mettre à la disposition de l'expert tout ce qui pourrait faciliter sa mission. Elles s'engagent à lui fournir tous les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission à lui permettre un libre accès aux lieux d'exécution du projet. Toutefois, l'expert est tenu d'une obligation de

⁹⁸⁴ Idem p 245

⁹⁸⁵ Gérard BLANC, la conciliation connue mode de règlement des différends dans les contrats internationaux, Rev. Rev. Trin de droit commercial 1987, p 177

⁹⁸⁶ Jean-François BOURQUE, op. cit 1995, p. 257

confidentialité. Les renseignements qui lui sont fournis ne doivent être utilisés que pour les besoins de l'expertise⁹⁸⁷.

728. Dans une affaire relative à la construction d'un grand projet de métro, une procédure d'expertise a été entreprise parallèlement à une procédure contentieuse. Le contrat disposait que les litiges surgissant au cours de l'exécution du projet seront résolus par recours à la juridiction administrative du maître de l'ouvrage. Il comportait une clause permettant à la procédure de la conciliation ou de l'expertise de la CCI. L'expertise était mise en mouvement par un comité composé de trois experts habilités à faire des recommandations et des constatations liant les parties jusqu'à la saisine de la juridiction administrative qui devait se prononcer de façon définitive sur le différend. Des problèmes survenus relativement aux plans, aux délais et aux travaux supplémentaires ont incité l'entrepreneur à engager la procédure de l'expertise. Le maître de l'ouvrage s'est opposé à la mise en œuvre d'une expertise portant sur un domaine assez vaste. Le même différend faisait l'objet d'un recours devant la juridiction administrative au niveau de laquelle la question de la compétence des experts a été posée. A l'égard des objections du maître de l'ouvrage, les experts ont décidé de poursuivre la procédure de l'expertise⁹⁸⁸. Une fois son rapport établi, l'expert le communique au Centre qui, à son tour, le notifie aux parties. Le règlement de l'expertise n'a pas fixé un délai à l'expiration duquel l'expert doit achever sa mission. A notre avis, il n'est pas logique de déterminer un délai à l'issue duquel l'expert doit remettre son rapport, car la mission de l'expert varie d'un projet à l'autre. Une expertise peut durer une semaine comme elle peut s'étaler sur plusieurs mois.

Contrairement au Règlement d'Expertise de la CCI, qui n'a pas donné d'exemples de différends⁹⁸⁹ qui peuvent être soumis à l'expert, la clause-type d'expertise de contrats de l'ENAA nous fournit ou énumère certains cas de conflits qui peuvent être soumis à l'expert⁹⁹⁰ :

- Les différends survenant à propos des approbations de dessein.
- Les différends relatifs au changement dans les travaux.

⁹⁸⁷ L'article 8.2 du Règlement de l'Expertise stipule que « pour leur adhésion au présent Règlement, les parties s'engagent à fournir à l'expert toute facilité dans l'exécution de sa mission et notamment à lui remettre les documents qu'ils jugeraient nécessaires à cet effet comme à lui laisser libre accès aux lieux d'exécution de sa mission étant entendu, par ailleurs, que les renseignements fournis à l'expert ne pourront être utilisés que pour les besoins de l'expertise afin de préserver leur caractère confidentiel ».

⁹⁸⁸ *Idem*, p. 258

⁹⁸⁹ Le Règlement, en son article 8, prévoit que l'expert est habilité à recommander les mesures qui lui sembleraient nécessaires à la sauvegarde de la chose ou à la surveillance du déroulement des opérations contractuelles.

⁹⁹⁰ Cf. L'article 6.2.1 (ii)

- Les différends nés de l'évaluation de tout additionnel,
- Les différends se rapportent à la certification des sommes dues à l'entrepreneur.
- Les différends survenant à propos du résultat d'inspection.
- Les différends relevant de l'achèvement mécanique.

Cette clause prévoit que l'expert doit rendre sa décision dans un délai de 60 jours à partir de sa nomination⁹⁹¹, contrairement au Règlement d'Expertise de la CCI qui demeure net sur le délai au terme duquel l'expert doit se prononcer. Si l'une des parties n'est pas satisfaite de la décision de l'expert, elle peut, dans un délai de 14 jours à partir de la date de réception de la décision, notifier à l'autre partie son intention de soumettre à l'arbitrage après le déroulement de ce délai, la décision de l'expert devient définitive et lie les parties.

A notre avis, la non saisine de l'arbitre pendant les 14 jours constitue une approbation tacite de la décision de l'expert. Paradoxalement, le Règlement de la CCI prévoit que la décision de l'expert ne lie les parties qu'à une seule condition, l'existence d'un accord express lui reconnaissant force obligatoire. Si, conformément au Règlement d'Expertise de la CCI et à la clause type des contrats de l'ENAA, la mission de l'expert se limite à la résolution d'un différend déterminé entre les parties, elle prend fin dès qu'un accord ait été trouvé. Par contre, le DRB est un comité permanent, constitué pour résoudre les litiges qui surviennent tout au long de l'exécution du projet. D'après le système du DRB, l'expert pourrait examiner tous les différends relatifs aux délais, l'interprétation des documents contractuels, les modifications ou les mesures d'accélération des travaux. Sur ces différends, il émet des recommandations qui ne lie pas les parties⁹⁹². En ce qui concerne l'Adjudication, l'expert est nommé conjointement par les parties au début des travaux pour résoudre les éventuels litiges pouvant surgir entre les parties pendant l'exécution. Il doit rendre sa décision dans les quatre semaines suivant sa réclamation

. Le Règlement d'Expertise de la CCI et le DRB ne fixent pas un délai pendant lequel doit rendre sa décision, alors que la clause type de l'ENAA oblige l'expert à rendre sa décision dans les 60 jours suivant sa nomination.

⁹⁹¹ La clause 6.2.2 dispose que : « *the Expert shall inform the parties of his decision in writing thirty (30) days of the closing of submission made to him by the parties and in any event within sixty (60) days of the date of his appointment* ».

⁹⁹² Jean-François BOURQUE, op. cit. 1995 p 243

B – La valeur juridique du rapport de l'expert

729. D'après le règlement d'expertise de la CCI, le rapport de l'expert n'a pas, en principe, de force obligatoire entre les parties en tant que elles ne l'ont pas expressément stipulé dans la clause de l'expertise. La situation est la même pour la décision de l'expert rendue dans le cadre de DRB, de l'adjudication et la clause-type d'expertise des contrats de l'ENAA.

Mais, conformément à celle-ci la décision de l'expert devient définitivement et lie les parties si les différends n'a pas été porté à l'expert devient définitive et lie les parties si le différend n'a pas été porté à l'arbitrage dans les 14 jours suivant la notification de la décision de la décision à l'autre partie.

Le règlement non juridictionnel n'est pas une fin en soi. Son efficacité n'est pas non plus évidente. C'est pourquoi, le contrat CET doit prévoir un mécanisme de règlement impliquant des juges professionnels.

CHAPITRE II. LE REGLEMENT JURIDICTIONNEL DES LITIGES

730. Généralement, les parties au contrat CET ont le choix entre le recours à un tribunal étatique ou un tribunal arbitral. Ce recours est soumis à des contingences juridiques. La procédure devant ces deux ordres de juridiction impose, d'ailleurs, des critères.

En effet, ces limites et critères résultent des avantages que chaque mode pourrait présenter, des exigences des organismes prêteurs et d'assurance-crédit et surtout du droit du pays d'accueil. Relativement aux avantages, le recours aux juridictions nationales assure une grande sécurité aux parties. Car le juge national est plus compétent pour interpréter les lois du pays d'accueil. Son impartialité est garantie dans un système où les juges bénéficient, en principe, d'un pouvoir autonome et indépendant par rapport à l'autorité concédante contractante. Le recours à la juridiction nationale est ainsi plus économique. En revanche, l'arbitrage est plus rapide, confidentiel, et l'arbitre maîtrise les problèmes suscités par les contrats internationaux mieux que le juge national. Toutefois, l'intervention d'organismes prêteurs et la couverture de certains risques nécessite exigent le choix de l'arbitrage institutionnel comme mode de règlement de litiges. Enfin, les lois du pays d'accueil pourraient exiger le recours à la juridiction nationale lorsque l'objet du contrat est d'exploiter un service public ou lorsque l'Etat ou l'un de ses démembrements est partie du contrat. Par conséquent, on envisagera le règlement des litiges par recours à un juge étatique (Section I), et le règlement des litiges par recours à l'arbitrage international (Section II)

Section I- Le recours à la juridiction du pays d'accueil

731. Le recours à une juridiction nationale du pays d'accueil s'explique par le fait que l'objet du contrat CET est d'exploiter un service public et d'ailleurs, conclu par l'Etat lui-même ou l'une de ses émanations. Ce recours est concevable pendant la phase préparatoire du projet au cours de laquelle les parties cherchent à travers des négociations souvent longues et compliquées, à conclure le contrat (paragraphe I) et au cours de l'exécution du contrat CET (paragraphe II).

Paragraphe I : La compétence des juridictions à la phase d'élaboration du contrat

732. Dans la plupart des cas, les contrats concernant à la réalisation du projet en CET sont conclus à la suite d'un appel d'offres lancé par l'Etat ou l'un de ses démembrements. Souvent l'acceptation de l'offre par l'autorité concédante est suivie de négociations entre l'adjudicateur et le soumissionnaire. Tous les litiges qui surgissent au cours de la négociation (Sous paragraphe I) ou qui résultent des procédures de l'attribution du marché (Sous paragraphe II) sont soumis à la juridiction administrative du pays d'accueil.

Sous paragraphe I : La compétence des juridictions nationales à la phase de négociation

733. La conclusion d'un contrat CET est absolument précédée de négociations ; période au cours de laquelle la partie étatique et l'entreprise attributaire négocient et précisent les éléments détaillés de le contrat futur. Au cours de cette phase, l'autorité concédante ou l'entreprise soumissionnaire peut interrompre la négociation de façon irrégulière, voire intempestive. Dans ce cas, la détermination du tribunal local compétent dépend du fondement juridique de l'action de l'entreprise soumissionnaire (A) de sa qualité juridique (filiale ou société mère (B) et de l'existence ou non d'une clause attributive de compétence (C).

A- L'influence du fondement juridique de l'action de l'entreprise

Soumissionnaire

734. En cas de rupture abusive des négociations par l'Etat ou l'une de ses émanations, l'entreprise soumissionnaire a intérêt à poursuivre en justice l'autorité concédante. Car, à l'inverse, en cas de refus de signature du contrat ou d'exécution du projet de la part de l'entreprise soumissionnaire à qui le marché a été régulièrement attribué, peut retenir la garantie bancaire de soumission qui accompagne l'offre. Cependant, l'autorité concédante pourrait poursuivre l'entreprise soumissionnaire si elle estime que le préjudice qu'elle a subi dépasse la valeur de la garantie. La détermination de la juridiction compétente dépend de l'existence ou non d'un contrat. Si l'entreprise soumissionnaire allègue de l'existence d'un contrat comportant une clause compromissoire, elle pourra saisir le tribunal arbitral pour résoudre le différend relatif à l'existence même du contrat ou à sa validité. Selon la Cour de Cassation française « le principe de l'autonomie de la clause compromissoire permet de se

prévaloir de cette clause même lorsque le contrat signé par les parties n'a pas pu entrer en vigueur, dès lors que le différend qui les oppose est lié à sa conclusion⁹⁹³ ».

D'ailleurs, si l'entreprise n'évoque pas l'existence d'un contrat, mais estime que la rupture de la négociation constitue une faute, elle pourrait poursuivre l'autorité concédante sur le fondement de la responsabilité délictuelle⁹⁹⁴ ».

735. En droit européen, en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, l'article 5.3 de la Convention de Bruxelles⁹⁹⁵ permet à l'entreprise soumissionnaire, en sa qualité de demanderesse, de porter son action « devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ». En essayant d'interpréter cette règle, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) estime que l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit » doit être « entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal⁹⁹⁶ ». Le défendeur (l'autorité concédante) peut donc comparaître devant le tribunal où le dommage est survenu ou devant le tribunal du lieu de l'événement causal. Tout dépend du choix du demandeur. L'entreprise soumissionnaire peut porter son action soit devant le tribunal du lieu où la rupture de la négociation est intervenue. Il s'agit du tribunal saisi d'après les règles de compétence en vigueur dans le pays d'accueil, soit devant le tribunal de son domicile. Dans le cas contraire, c'est-à-dire en cas de rupture de la négociation par l'entreprise soumissionnaire, l'autorité concédante, en sa qualité de demanderesse, exige que l'entreprise soumissionnaire compareaisse devant le tribunal saisi conformément aux règles de compétence dans le pays d'accueil. Il y a alors une coïncidence entre le lieu où le fait dommageable s'est produit et le lieu de l'événement causal. En matière délictuelle et quasi-délictuelle, il nous semble que les législateurs africains ont adopté la même attitude que la Cour de Justice des communautés européennes. Car, des tribunaux

⁹⁹³ Cour de Cassation française, 1^{ère} Ch.civ, 6 décembre 1988, Société Navimpex Centrale Navala c/Société Wiking Trader, Rev. arb. 1989 p641, note Bertold GOLDMAN.

⁹⁹⁴ D'après la Cour de Cassation égyptienne, la rupture de la négociation non accompagnée d'une faute ne met pas en cause la responsabilité contractuelle de la partie autour de la rupture car la négociation en droit égyptien n'est considérée qu'un acte national n'ayant aucun effet juridique. Au contraire, si la rupture de la négociation est assortie d'une faute, l'autre partie pourrait mettre en cause la responsabilité délictuelle de la partie auteur de la faute. Voir Arrêt de la Cour de Cassation égyptienne, 9 février 1967, le Recueil de la Cour.Cass l'année t8 n°334

⁹⁹⁵ La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Cette convention a été modifiée et étendue par les conventions de Lugano du 16 septembre 1988 qui sont destinées à régir les relations entre les Douze et les Six de l'Association européenne de libre échange et de San Sébastien du 26 mai 1989 permettant l'adhésion de l'Espagne et du Portugal. Voir George DROZ, la Convention de San Sébastien alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano, Rev. Crit. DIP, 1990 p.1

⁹⁹⁶ CJCE, 30 Novembre 1976, Handelskwekerij G.J. Bier BV contre Mines de l'Alsace SA. Affaire 21/76. Rec CJCE p.1735

africains⁹⁹⁷ sont compétents si l'Etat est le lieu où le fait dommageable s'est produit ou s'il est le lieu de la survivance du dommage.

B- La qualité de l'entreprise soumissionnaire

736. Si l'entreprise soumissionnaire est filiale d'une société mère, celle-ci ne peut pas écarter la compétence des tribunaux du lieu de l'établissement de sa filiale dans le ressort desquels cette filiale a subi un préjudice direct résultant de la rupture abusive de la négociation, aux motifs qu'elle a subi à son domicile un préjudice indirect. *Dans une affaire relative à une construction d'un ensemble immobilier en Allemagne, un contrat a été conclu entre deux sociétés françaises (Sceper et Tracoba) filiales de deux sociétés mères françaises (Dumez et Oth infrastructure) qui ont constitué un groupement, l'Agre (Arbeitsgemeneinschaft), et un promoteur allemand. Le contrat a été rédigé en Allemagne, et comportait une clause attributive de juridiction sur Landgericht de Brême. Il prévoyait la possibilité pour l'Agre de transférer ses droits et obligations nés du contrat à des sociétés à contribuer en Allemagne. Les sociétés sous-filiales allemandes des deux filiales françaises ont été effectivement constituées et inscrites au registre de commerce de Langen. Elles portaient les noms de Sceper Bourgesellschaft virth et de Tracoba Bangeslleschaft gmbh, et prenaient la forme de la SARL de droit allemand dont les sièges étaient à Stofer (RFA, lieu d'exécution du contrat de construction). En raison d'un besoin en argent pour promouvoir l'exécution du contrat, le promoteur allemand a reçu d'importants prêts auprès de plusieurs banques allemandes. Le financement s'effectuait au fur et à mesure de l'avancement des travaux. A la suite des difficultés survenues relatives au paiement des travaux, l'Agre a décidé de suspendre les travaux. En essayant de sauver les sommes déjà avancées, les banques, après avoir négocié avec l'Agre, ont fourni un financement supplémentaire. Malgré cela les difficultés ont persisté. Ce qui a incité les banques prêteuses à résilier leurs engagements de crédit.*

En octobre 1973, le promoteur allemand est mis en liquidation des biens, et les banques ont bénéficié du remboursement d'une partie insignifiante de leurs avances.

Il est évident qu'un préjudice a été subi par les banques prêteuses et les deux filiales allemandes, du fait de l'arrêt du chantier. Ces derniers n'ont pas réagi directement, mais les

⁹⁹⁷ Le juge Béninois ou sénégalais selon la règle de conflit du droit international privé béninois ou sénégalais.

sociétés mères françaises ont tout d'abord tenté de poursuivre en dommages et intérêts le promoteur allemand devant le tribunal de Brême. Elles ont réussi à obtenir gain de cause. Cependant, la faillite du promoteur a privé les sociétés mères de tout recouvrement. Les sociétés mères françaises ont décidé quelque temps après d'attaquer les banques allemandes jugées plus solvables. En 1982, les deux sociétés mères françaises, qui ont subi un prétexte financier indirect, ont assigné les banques prêteuses devant le tribunal de Commerce de Paris sur le fondement que ces banques, qui ont résilié unilatéralement leurs engagements, ont commis une faute lourde susceptible de mettre en cause leur responsabilité délictuelle. La saisine du tribunal de Paris trouvait son fondement dans l'article 5.3 de la Convention de Bruxelles. Les banques prêteuses avaient soulevé l'exception d'incompétence du Tribunal de Paris a, par un jugement du 14 mai 1985, fait droit à cette exception aux motifs que le fait générateur dommageable a eu lieu en Allemagne et a été causé par les filiales allemandes. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'Appel de Paris le 13 décembre 1985.

A la suite d'un pourvoi formé par les deux sociétés mères, la première chambre civile, par arrêt du 21 juin 1988, a décidé de consulter la C.J.C.E. celle-ci a déclaré que la règle de compétence juridictionnelle énoncée à l'article 5.3 de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ne peut être interprétée comme autorisant un demandeur qui invoque un dommage qu'il prétend être la cause du préjudice subi par d'autres personnes, victimes directes du fait dommageables, à assigner l'auteur de ce fait devant les juridictions du lieu où il a lui-même constaté le dommage dans son patrimoine⁹²⁸.

737. La portée de cette jurisprudence est que l'entreprise étrangère qui a entamé la négociation avec l'autorité concédante en vue de se voir attribuer l'exécution du projet CET par l'intermédiaire d'une filiale locale, n'a pas la possibilité d'écarter la compétence des tribunaux locaux sous prétexte qu'elle a subi un préjudice indirect à son domicile résultant de la rupture abusive des négociations avec sa filiale.

738. Au regard de cette position dégagée par le juge européen relative aux conséquences dommageables subies ultérieurement par la victime directe, la question de la détermination de la juridiction compétente n'est pas pourtant résolue. Selon Mme GAUDEMET-TALON, la CJCE n'a statué que sur la question relative à la situation de la victime indirecte et de là, elle n'était pas dans l'obligation de donner une réponse relative au dommage subi par une victime

⁹²⁸ CJCE, 6^e Ch. 11 janvier 1990, Dumez c/ Tracoba, Rev.crit.DIP 1990 pp.363 et S. note GAUDEMET - TALLON

directe et qui produit ultérieurement des conséquences dommageables localisées souvent au domicile de la victime⁹⁹⁹.

C- L'existence d'une clause attributive de juridiction

738. La juridiction étatique sera compétente pour résoudre des litiges concernant l'existence ou la validité du contrat comportant une clause attributive de juridiction. Par cette clause, les parties conviennent par avance, qu'en cas de litige, celui-ci sera porté devant un tribunal d'un Etat déterminé¹⁰⁰⁰. La mise en œuvre de cette clause peut être paralysée et considérée comme non-écrite si elle viole directement ou indirectement les règles de compétence territoriale, à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant. Toutefois, la Cour de Cassation française a adopté vis-à-vis de la prohibition exigée par l'article 48 NCPC, la même position envers l'interdiction de l'arbitrage imposée aux personnes publiques issues des articles 1004 et 83 de l'ancien Code de procédure civile. Elle estime que ces dispositions ne sont pas applicables à la clause qui modifie la compétence territoriale interne comme conséquence d'une modification de la compétence internationale¹⁰⁰¹. En d'autres termes, pour la Cour de cassation française, les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites lorsqu'il s'agit d'un litige international. Toutefois, les juges saisis doivent vérifier l'efficacité de la clause au regard de leur règle de compétence dans le but de ne pas priver les parties du recours à une autre juridiction.

Sous paragraphe II : La compétence des juridictions nationales à la phase d'attribution du projet

738. La plupart des législations nationales ont pour objectif de contrôler efficacement la régularité des procédures d'attribution des marchés publics. Elles offrent, à cet effet, à l'entreprise soumissionnaire des possibilités de recours. Ce recours peut être à priori ou à posteriori. Pour apprécier la position de ces législations sur la question, on appréhendera les

⁹⁹⁹ Hélène GAUDEMET – TALLON, note précitée, *Rév.Crit.DIP*, 1990, p.375

¹⁰⁰⁰ Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, *Droit du commerce international*, Dalloz 2^e éd. 1999 p.272.

¹⁰⁰¹ Cass-civ-1^{re}, 17 déc. 1985, *Sorlec*, *Rév.Crit.DIP* 1986, p.537, note GAUDEMET-TALLON, à propos d'une clause attributive de juridiction insérée dans un marché de travaux publics conclu entre un organisme Libyen et une société française. Elle attribue compétence aux tribunaux Libyens



possibilités de recours à la juridiction locale lors de l'attribution d'un marché public d'une part selon les droits nationaux (A) d'une part et d'autre part selon les directives communautaires (B).

A/- Les possibilités de recours à la juridiction locale selon les droits Nationaux

739. A l'encontre de la décision administrative prise par l'autorité compétente pour l'attribution du projet, l'entreprise soumissionnaire dispose de deux types de recours en cas d'irrégularité de la procédure d'attribution du projet : le recours administratif et le recours contentieux.

1°) Le recours administratif¹⁰⁰²

740. Selon ce recours, l'entreprise soumissionnaire peut demander à l'administration, qui est à l'origine du litige de revenir sur sa décision. Ce recours prend deux formes : le recours gracieux et le recours hiérarchique. Aux termes de l'article 86 du Décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics du Sénégal, « Tout candidat à une procédure d'attribution d'un marché est habilité à saisir la personne responsable dudit marché d'un recours gracieux par une notification écrite indiquant les références de la procédure de passation du marché... » On note, donc que le recours gracieux s'adresse directement à l'autorité qui a pris la décision contestée. L'entreprise soumissionnaire lui demande de revenir sur sa décision en reconnaissant son erreur et d'en tirer elle-même les conséquences. Par contre, le recours hiérarchique ne s'adresse pas à l'autorité administrative auteur de la décision mais à son supérieur hiérarchique. Le recours administratif n'exclut pas, tout de même le recours contentieux. Au Sénégal comme en France, ce recours préalable à l'administration est obligatoire en cas d'absence de décision. L'entreprise soumissionnaire ne peut donc directement engager le recours contentieux devant le tribunal administratif. Car le recours préalable constitue une tentative de conciliation entre l'autorité compétente et l'entreprise soumissionnaire qui en cas d'échec pourra entamer le recours contentieux¹⁰⁰³.

¹⁰⁰² De LAUBADERE, op. cit. T.2 1984 p.915 et S, Philippe GEORGE, Droit public, Sirey méd. 1996.p.210, Charles DEBBASCH et Jean-Claude RICCI, Contentieux administratif, Dalloz 6e éd.1994 pp.273 et S.

¹⁰⁰³ Selon l'article 87 du Décret précité, « En l'absence de suite favorable de son recours gracieux », le règlement dispose de trois (3) jours ouvrables

Pour présenter un recours au Comité de Règlement des différends en matière de passation des marchés publics ».

2°) Le recours contentieux

741. Contrairement au recours administratif, le recours contentieux exige que le litige soit présenté devant les tribunaux. De plus, ce type de recours aboutit à des arrêts qui ont autorité de chose jugée. Il existe deux types de recours contentieux : le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction. Le recours pour excès de pouvoir ne peut être dirigé contre le contrat lui-même¹⁰⁰⁴ mais contre un certain nombre d'actes administratifs qui concourt à la formation du contrat de concession CET ou Accord de projet sur le fondement de la théorie des actes détachables. A ce propos, sont qualifiés d'actes détachables :

- Les décisions d'adjudication ; en effet, l'adoption de la théorie du tout invisible, qui s'oppose au caractère détachable des actes, sacrifie l'intérêt des tiers (concurrents éliminés de l'adjudication)
- Les actes d'approbation du contrat par l'autorité de tutelle et l'acte même de passation du contrat accompli par l'autorité exécutive¹⁰⁰⁵. A l'opposé, le recours de pleine juridiction peut être utilisé dans deux hypothèses. La première consiste à demander, soit par le concessionnaire, soit par l'autorité concédante, la nullité du contrat de concession qui a été conclu en méconnaissance des règles de formation légale. En ce qui concerne la deuxième, elle est dirigée par le concessionnaire contre l'autorité concédante en cas de méconnaissance d'une règle de formation du contrat de concession ou Accord de projet. Dans ce dernier cas, le recours de pleine juridiction vise une condamnation pécuniaire de l'autorité concédante. Le recours pour excès de pouvoir relève en premier et en dernier ressort de la compétence du Conseil d'Etat. L'entreprise soumissionnaire est obligée de porter le recours devant le Conseil d'Etat dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision en question. A l'expiration de ce délai, l'entreprise soumissionnaire est forclosée. Le recours formé contre la juridiction administrative contre des actes de l'administration ne suspend pas son exécution par principe de l'absence d'effet suspensif du recours¹⁰⁰⁶. Mais si les griefs allégués par l'entreprise soumissionnaire ont un caractère sérieux et que l'exécution de l'acte aurait des conséquences irréparables, le tribunal administratif peut ordonner le sursis à exécution de la décision administrative attaquée.

¹⁰⁰⁴ De LAUBADERE, *op.cit.* T2, 1984 § w30, Charles DEBASCH et Jean Claude RICCI, *op.cit.* 1994, p.531.

¹⁰⁰⁵ De LAUBADERE, *op.cit.* 1984 p.1038.

¹⁰⁰⁶ Charles DEBASCH et Jean-Claude RICCI, *op.cit.* 1994 p.363

Paragraphe II : La compétence des juridictions nationales à la phase d'exécution du contrat CET

743. La diversité de relations contractuelles dans les projets CET implique une diversité de nature de conflit entre la société de projet et les utilisateurs ou acheteurs de services ou de produits générés par le projet, et les litiges entre la société de projet et les tiers non usagers. Selon le cas, ces litiges peuvent être soumis soit aux tribunaux judiciaires, soit au tribunal administratif. Ils seront portés devant le premier si l'objet du contrat de concession CET est d'exploiter un service public à caractère industriel et commercial¹⁰⁰⁷ ; alors qu'ils seront au juge administratif si le service public objet du contrat CET a un caractère purement administratif¹⁰⁰⁸. Il faut noter, cependant, que le plus important est la détermination de la juridiction compétente pour ordonner des mesures conservatoires dont les parties auront besoin au cours de l'exécution du projet. En effet, la compétence d'ordonner de telles mesures ne se limite pas seulement au juge local du pays d'accueil du projet (Sous paragraphe I) mais s'étend aussi aux tribunaux arbitraux (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I : La compétence des tribunaux étatiques en matières de mesures conservatoires

744. Il est évident que la bonne exécution du projet CET appelle souvent la prise de mesures conservatoires en raison de la complexité des projets CET et de leur durée. En principe, il appartient au juge du pays d'accueil d'ordonner de telles mesures. Celles-ci ont pour objet de conserver les preuves susceptibles de disparaître, de désigner un expert ayant pour mission de constater l'état d'avancement des travaux, d'écarter l'entrepreneur défaillant, de suspendre l'exécution du projet en cas de difficultés.

Vis-à-vis de ces mesures, on se demande à quel juge appartient la compétence de les ordonner ? Quelles sont les conséquences de l'existence d'une clause compromissoire sur la compétence du juge local en la matière ? A quel point l'arbitre qui sera ultérieurement appelé à trancher le fond du litige sera obligé de respecter les ordonnances de référé ?

¹⁰⁰⁷ Comme Côte d'Ivoire Télécom, Poste finance, la Poste au Sénégal etc.

¹⁰⁰⁸ Jean DUFAU, Les Concessions de services publics, op cit. 1979, pp. 188 et S,

André CONDEVILLE, Les concessions de services public des collectivités locales, Op.cit. 1983, pp. t65. et S.

A- Le juge compétent en matière de mesures conservatoires

745. En fait, ce juge joue un rôle comparable à celui de l'ingénieur-conseil du type FIDIC. Il a pour mission de constater en toute indépendance et impartialité les problèmes techniques au moment même de leur naissance en prenant une décision qui lie provisoirement les parties. Le recours aux tribunaux locaux paraît nécessaire en raison de la suppression par les Conditions du Silver Book du concept d'ingénieur conseil. La compétence d'ordonner des mesures conservatoires se rapportant à la relation contractuelle principale entre l'autorité concédante et la société de projet appartient à la juridiction administrative. Par contre, c'est à la juridiction judiciaire que revient la compétence d'ordonner des mesures conservatoires relatives aux litiges résultant d'autres relations contractuelles dans le cadre du projet CET c'est-à-dire les relations concessionnaire-constructeur, concessionnaire-fournisseur et concessionnaire-exploitant). Toutefois, rien n'empêche les parties de solliciter des mesures conservatoires devant un tribunal autre que celui qui doit statuer sur l'affaire. Elles peuvent donc être sollicitées avant, après ou au moment même de la poursuite de la procédure d'arbitrage.

B- L'influence de la clause compromissoire sur la compétence du juge Judiciaire ou administratif en matière de mesures conservatoires

746. L'existence d'une clause compromissoire dans le contrat CET ne paralyse ni n'exclut la compétence des tribunaux locaux de prendre des mesures conservatoires. De même, l'introduction d'une requête devant un tribunal local pour demander la prise de telles mesures n'empêche pas la poursuite de la procédure arbitrale¹⁰⁰⁹. Car il ne serait pas opportun de priver les parties au contrat comportant une clause compromissoire, le bénéfice des procédures d'urgences existant devant les juridictions locales, qui leur offre la possibilité de les saisir d'urgence et d'avoir une décision à caractère exécutoire¹⁰¹⁰. Cette règle est admise

¹⁰⁰⁹Voir Article 13 al 4 Acte Uniforme portant arbitrage. Selon ce texte, « ...l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction, en cas d'urgence reconnue et motivée ou lorsque la mesure devra s'exécuter dans un Etat non partie à l'OHADA, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires, dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond, pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent »

¹⁰¹⁰Philippe FOUCAHRD, Emmanuel GALLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Edition Litec, 1996 p. 725.

par un certain nombre de systèmes juridiques – nationaux¹⁰¹¹ – et de règlement d'arbitrage international¹⁰¹². Le recours à la juridiction locale en pareilles circonstances est tout à fait concevable, même dans le cas où le contrat comporterait une clause compromissoire. Celle-ci empêche seulement de soumettre le fond du litige à la juridiction locale¹⁰¹³. C'est aussi dans ce sens qu'il faut interpréter l'article 1458 du NCPC français qui prévoit que « lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction d'Etat celle-ci doit-il désormais se déclarer incompétent » ainsi que l'article 13 de la loi de l'arbitrage égyptien n°27 du 21 avril 1994 qui dispose que « le tribunal saisi du litige pour lequel il existe une convention d'arbitrage est tenu de déclarer l'action irrecevable, si le défendeur le demande avant toute demande en défense de fond ». Compétent pour ordonner des mesures conservatoires même en l'existence d'une clause compromissoire, le juge de référé n'est pas concerné par l'obligation imposée aux juridictions de fond à décliner leur compétence¹⁰¹⁴. Toutefois, cette admission de recours à une juridiction locale pour demander la mise en place de mesures conservatoires malgré l'existence d'une clause compromissoire, doit être limitée. La constitution du tribunal arbitral s'oppose à un tel recours, car ces mesures doivent être sollicitées auprès du tribunal arbitral. Et compte tenu des préjudices que peuvent poser ces mesures à l'exécution du projet, si les mesures sollicitées s'avèrent de nature à nuire à l'exécution des travaux, c'est au tribunal arbitral, qui doit être constitué d'urgence, à qui s'adresse la demande de prendre de telles mesures. A défaut, elles peuvent alors être sollicitées auprès du juge de référé du pays d'accueil du projet. L'octroi d'une mesure conservatoire est soumis à des conditions. La première est que l'objet de la mesure conservatoire doit présenter une apparence de droit, une probabilité par rapport au fond du

¹⁰¹¹ Selon l'article 14 de la Loi égyptienne de l'arbitrage, le tribunal initialement compétent pour connaître du litige, peut ordonner, à la demande de l'une des deux parties à l'arbitrage, des mesures provisoires ou conservatoires soit avant le commencement de la procédure d'arbitrage, soit pendant son déroulement.

¹⁰¹² L'article 23 du Règlement d'Arbitrage de la CCI dispose que : « les parties peuvent, avant la remise du dossier au tribunal arbitral et dans des circonstances appropriées après, demander à toute autorité judiciaire des mesures provisoires ou conservatoires. La saisine d'une autorité judiciaire pour obtenir de telles mesures ou pour faire exécuter des mesures semblables prises par le tribunal arbitral ne contrevient pas à la convention d'arbitrage, ne constitue pas une renonciation à celle-ci et ne préjudicie pas la compétence à la compétence du tribunal arbitral à ce titre. Pareille demande ainsi que les mesures prises par l'autorité judiciaire devront être portées sans délai à la connaissance du Secrétariat de la Contr d'arbitrage. Ce dernier en informe l'arbitre ». L'article 26.3 du Règlement CNUDCI prévoit que « une demande de mesures provisoire adressée par l'une ou l'autre partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage, ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention ».

¹⁰¹³ Au contraire, l'article 26 de la Convention de Washington du 18 Mars 1965 pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissant d'autres Etats, interdit aux parties à la convention d'arbitrage tout autre recours, y compris le prononcé de mesures conservatoires : « le consentement des parties à l'arbitrage est, sauf stipulation contraire, considéré comme une renonciation à l'existence de tout autre recours ».

¹⁰¹⁴ Philippe BERTIN, L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale. *Rev. arb.* 1982 p.338.

litige de telle sorte à justifier une anticipation de l'exécution. A cette condition, s'ajoute la nécessité d'un cas d'urgence¹⁰¹⁵. La mesure conservatoire se justifie par le retard probable de l'issue de la procédure principale¹⁰¹⁶.

C- L'arbitre et les ordonnances de référé

747. Au préalable, il convient de se demander, d'abord si l'arbitre qui sera appelé ultérieurement à trancher le fond du litige sera tenu de respecter les ordonnances de référé ? Evidemment, la réponse est négative parce que les juges de référé ne peuvent qu'ordonner de simples mesures qui n'ont juridiquement qu'un caractère provisoire, et sont corrélativement dénuées de l'autorité de la chose jugée au principal¹⁰¹⁷. La mesure conservatoire n'est pas définitive. Son existence se limite, tout au plus, à la durée de la procédure principale. Elle constitue un instrument accessoire, subordonné à une procédure principale tant sur le fond de l'affaire que sur la procédure de l'exequatur de la sentence arbitrale¹⁰¹⁸. Les arbitres compétents à statuer sur le fond peuvent donc revenir sur les mesures prises par des juridictions locales. En effet, rien ne les empêche d'ordonner ultérieurement une mesure inverse. Ce principe a été adopté par la sentence arbitrale rendue dans l'*affaire Amco Asia contre Indonésie* : « *un tribunal international n'est pas tenu de suivre la décision d'une juridiction nationale* ». L'une des raisons de l'institution d'une procédure internationale d'arbitrage est précisément que les parties, à tort ou à raison, font davantage confiance à une institution qui n'est pas entièrement reliée à l'une des parties. Si une décision nationale devait lier un tribunal international une telle procédure serait sans objet. En conséquence, indépendamment de la description que peut faire une juridiction internationale jouit d'un droit d'évoluer et d'examiner cette situation sans accepter aucune autorité de chose jugée d'aucune juridiction nationale. Cela n'empêche pas qu'elle puisse, dans son appréciation propre, tenir compte de ces décisions nationales comme l'un des multiples facteurs à prendre en considération¹⁰¹⁹. Lorsque la décision ordonnant des mesures conservatoires est rendue, elle devient exécutoire. Conformément aux règles générales du pays du for. Parfois, l'exécution de

¹⁰¹⁵ Voir article 808 au 872 du NCPC français.

¹⁰¹⁶ Francisco RAMOS MENDEZ. Op. cit. p.

¹⁰¹⁷ Gérard COUCHEZ. Référé et arbitrage (Essai de bilan... Provisoire)
Rev. Arb. 1986, p.165.

¹⁰¹⁸ Francisco RAMOS MENDEZ. Arbitrage international et mesures conservatoires. Rev. Arb. 1985, p.53

¹⁰¹⁹ Sentence rendue le 20 Novembre 1984, TDI, 1987 pp. 145 et S. note E. GAILLARD.

la décision pose certains problèmes surtout au cas où elle doit être exécutée en un lieu différent de celui du tribunal ou si ses effets doivent être étendus à des tiers. Dans cette hypothèse, les conventions bilatérales qui prévoient expressément l'exécution réciproque de telles mesures constituent une solution idéale permettant de surmonter les difficultés¹⁰²⁰.

Sous paragraphe II : Le recours aux tribunaux arbitraux en matière de mesures conservatoires

748. Aux termes de l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI¹⁰²¹ et l'article 8.5 du Règlement de la CCI, l'arbitre est investi d'un pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires. La demande de mesures conservatoires. La demande de mesures conservatoires initiées par l'une des parties du contrat CET peut être adressée au tribunal arbitral désigné afin de statuer sur le fond du litige ou bien à un tiers nommé par les parties, habilité à ordonner provisoirement des mesures revêtant un caractère d'urgence.

En ce qui concerne ce dernier cas, la CCI a mis en place un mécanisme dit de référé pré arbitral¹⁰²². A la lumière du règlement de la CCI sur le référé pré arbitral, on envisage tout à tout la mission de l'arbitre statuant en référé, la procédure de référé pré arbitral, la valeur de la décision de l'arbitre.

A- La mission de l'arbitre statuant en référé

748. Conformément à l'article 2.1 du Règlement de la CCI, le tiers arbitral a pour mission :

a) « d'ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en état de qui revêt un caractère d'urgence, afin soit de prévenir un dommage imminent ou un préjudice irréparable soit de sauvegarder tout droit ou d'une partie ; b) d'ordonner à une partie d'effectuer à toute autre partie ou à un tiers tout paiement devant lui être fait, c) d'ordonner à une partie de prendre toute mesure qui devrait être prise en vertu du contrat liant les parties y compris la signature ou la délivrance de tout document ou l'intervention d'une partie en vue de faire signer ou

¹⁰²⁰ Franeiseo RAMOZ MENDEZ. op.cit. 1985 pp. 63 et S.

¹⁰²¹ Résolution 31/98 adoptée par l'Assemblée générale le 15 décembre 1976.

L'article 26 de ce règlement dispose que « à la demande de l'une ou l'autre partie, le tribunal arbitral peut prendre toutes mesures provisoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige.... ».

¹⁰²² Le règlement de référé pré arbitral de la CCI en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1999

délivrer un document, d) d'ordonner toute mesure nécessaire à la conservation ou à l'établissement de preuves ».

Ces pouvoirs doit bénéficier le tiers peuvent être modifiés par un commun accord entre les parties (article 2.1.1 du Règlement). De ce fait, les parties ont la possibilité de réduire ou d'élargir l'étendue des pouvoirs du tiers. Cependant, celui-ci même en cas d'absence d'une demande de l'une ou de l'autre partie, peut soumettre son ordonnance à des conditions qu'il estime approprier, notamment à l'introduction par une partie d'une procédure devant la juridiction compétente dans un délai déterminé et la production de garanties par la partie au profit de laquelle une ordonnance a été rendue (article 6.4).

Comme le juge de référé, le tiers ne peut se prononcer sur le fond du litige, ainsi que sa décision ne lie ni le juge, ni l'arbitre qui statuera ultérieurement (l'article 6.3). Toutefois, la décision du tiers, comme en dispose l'article 6.3, « reste en vigueur aussi longtemps qu'il n'a pas été décidé autrement », et il aura la possibilité de la modifier dans l'avenir. Par contre et sauf stipulation contraire, le tiers, une fois avoir rendu sa décision, ne peut agir en sa qualité d'arbitre dans la même affaire entre les mêmes parties. En vue de remplir sa mission, il appartient au tiers de fixer, la méthode selon laquelle il entend conduire la procédure (article 5.3). Il a la possibilité de procéder à des investigations, de descendre lui-même sur le lieu d'exécution du projet, d'entendre des témoins. D'ailleurs, les parties sont tenues de lui faciliter sa mission en lui permettant l'accès à tout endroit nécessaire pour effectuer ses investigations (article 5.4)¹⁰²³. Il peut également inviter les parties à comparaître devant lui tout en respectant le principe de contradictoire et les droits de la défense. Contrairement à l'ingénieur conseil et à l'expert qui ne sont pas tenus en général d'achever leurs missions dans une durée déterminée l'article 6.2 du règlement de référé pré arbitral fixe un délai de trente jours, à compter de la transmission du dossier au tiers. Pendant ce délai, il est obligé de terminer sa mission. Ce délai peut être prolongé par le Président de la Cour internationale de l'arbitrage sur une demande motivée de l'arbitre statuant en référé ou de sa propre initiative. A l'expiration de ce délai, la mission de l'arbitre statuant en référé prend fin. Elle peut également prendre fin si la juridiction saisie de l'affaire décide de retirer au tiers son pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires, si les parties le demandent et si le tiers a été récusé ou a été remplacé (article 4.5).

¹⁰²³ Jean-Jacques ARNADEZ et Erik SCHAFER. Le Règlement de référé pré arbitral de la chambre de commerce international depuis le 1^{er} janvier 1990. Rev. Arb.1990, p.838

B- La procédure de référé pré arbitral

748. La procédure de référé pré arbitral est caractérisée par la célérité et la liberté de l'arbitre statuant ; ce qui lui permet de rendre le plus rapidement possible sa décision¹⁰²⁴. La procédure commence par l'envoi de deux exemplaires de la demande à la Cour Internationale d'Arbitrage par la partie qui prend l'initiative d'entamer la procédure de référé pré arbitral. Selon l'article 3.2.2 du Règlement, cette demande doit être accompagnée d'une copie de l'accord sur lequel se base la demande, d'un récit des mesures sollicitées et de leurs motifs et le nom du tiers en cas de sa désignation par les parties ou des informations utiles relatives au choix des tiers. Dans les huit jours suivant la réception de la demande, les autres parties doivent soumettre leur réponse et suivant le cas, leur demande concernant tout autre mesure. En cas de nomination du tiers par la Cour internationale d'Arbitrage, celle-ci doit prendre en considération les qualités techniques et professionnelles du tiers, sa nationalité, son appartenance par rapport à celle des parties. Cela dans le but d'assurer son indépendance et son impartialité. Comme le DAB des Conditions du Silver Book et comme le prévoit le Règlement de l'expertise technique, le tiers ne doit pas avoir la même nationalité ou des liens avec les parties intervenant dans l'exécution du projet CET.

C- La valeur de la décision de l'arbitre

749. L'arbitre est tenu de rendre sa décision dans les trente jours qui suivent la date de réception de la demande. Il la transmet au Secrétariat de la Cour Internationale d'Arbitrage. Celle-ci, après s'être assuré que les faits du référé pré arbitral ont été réglés, procède à la notification de l'ordonnance aux parties. D'après l'article 6.7 du Règlement, tous les documents mis à la disposition du tiers, les communications effectuées et les demandes adressées à la Cour de la procédure de référé pré arbitral, sont confidentiels et ne sont pas susceptibles d'être portés à la connaissance de la juridiction compétente. Ce qui présente un grand avantage pour les parties du projet CET. Cependant, il est opportun de se poser la question de savoir si l'ordonnance rendue par le tiers est susceptible d'exécution forcée ? Est-ce qu'elle a un caractère définitif ou non¹⁰²⁵ ?

¹⁰²⁴ Yves DERAINS, *op.cit* Rev.arb. t982 p 246

¹⁰²⁵ *Idem* p.247

750. La réponse à la première question est connexe à la résolution de l'interrogation suivante : Est-ce que la décision du tiers constitue une sentence arbitrale au sens de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ?

La sentence arbitrale est « la décision d'un arbitre, finale et obligatoire, ayant pour objet de trancher définitivement un litige »¹⁰²⁶. Il apparaît que cette définition ne s'applique pas à la décision prise par le tiers. Il est vrai qu'elle n'est pas un simple avis ou recommandation comparable à celui d'un expert. Mais, elle ne remplit pas les critères de la sentence arbitrale. Celle-ci a pour objet de trancher définitivement un litige, alors que l'ordonnance rendue par le tiers se prononce provisoirement sur un litige qui sera soumis ensuite à la juridiction compétente. Le tribunal saisi n'est pas tenu par l'ordonnance rendue par le tiers. De plus, la décision du tribunal arbitral ayant pour objet d'ordonner des mesures conservatoires ne peut, dans les systèmes juridiques nationaux, être reconnue et exécutée comme une sentence arbitrale¹⁰²⁷. Or, l'ordonnance rendue par le tiers dans le cadre du référé pré arbitral n'est pas susceptible d'exécution forcée au sens de la Convention de New York.

Quant à la deuxième question, il est clair que l'ordonnance du tiers est d'un caractère provisoire en tant qu'il ne lie pas la juridiction appelée ultérieurement à statuer sur le fond du litige et qu'il ne préjuge pas aussi le fond du litige soumis au tiers ; car « ce litige ne concerne pas les droits substantiels des parties mais l'opportunité de prendre des mesures intérimaires à un moment donné en fonction de l'appréciation d'une situation de fait déterminée. Dans ce contexte limité, l'ordonnance de référé arbitral est définitive ».

Section II. Le recours à l'arbitrage international

751. Si les modes de règlement à l'amiable n'aboutissent pas ou lorsque les parties ne sont pas satisfaites de la solution proposée, celle-ci peuvent entamer la procédure de l'arbitrage qui constitue, outre le recours aux tribunaux, le deuxième mode de règlement juridictionnel des litiges nés de l'exécution du projet CET. Entre ces deux modes, il existe des différences et des similarités. Les différences sont d'abord évidentes à travers l'étendue des pouvoirs de chaque instance. Contrairement au juge étatique qui rend la justice au nom de l'Etat, l'arbitre international est privé de l'imperium. Aussi, la juridiction arbitrale, à l'inverse de la juridiction nationale, n'est pas soumise au principe du double degré de juridiction. Les

¹⁰²⁶ Le Dictionary of Arbitration publié en 1970 aux éditions Océana par Eastman Library of the American Arbitration Association, cité par Yves DERAIS, *op.cit.* 1982 p.247

¹⁰²⁷ Francisco RAMOS MENDEZ : *op.cit.* 1985 p.57, Yves DERAIS, *op.cit.*

similitudes entre ces deux modes de résolution des conflits résident dans le fait que l'arbitre et le juge sont tenus de respecter les principes de la contradiction, de l'égalité et les droits de la défense.

752. L'arbitrage international apparaît alors comme étant la solution la plus adaptée au règlement des litiges de projets internationaux de construction menés selon la formule CET. De façon générale, l'arbitrage est, pour des raisons bien connues, un mode de règlement privilégié des litiges auxquels donnent lieu les contrats entre entreprises des pays industrialisés et Etats en développement ou leurs émanations¹⁰²⁸. En la matière, il règne une insécurité politique, financière et économique alors que les contrats y sont de plus en plus importants, comportant des années d'investissement et de réalisation, moyennant de considérables financements avec des partenaires très différents les uns des autres, situés dans des pays divers¹⁰²⁹. Solution adaptée, l'arbitrage permet de concilier des intérêts divergents entre les parties participantes au projet : les investisseurs ont une méfiance vis-à-vis des juridictions du pays d'accueil et ce dernier estime que la soustraction de la compétence de sa juridiction porte atteinte à sa souveraineté¹⁰³⁰.

Le recours à l'arbitrage a un fondement contractuel et exprime une certaine indépendance de la puissance étatique. On espère de lui un règlement plus rapide, plus efficace et plus discret que celui qui peut découler du travail des tribunaux¹⁰³¹. Mais il n'est opportun que s'il ne crée pas des désordres, des illusions ou des risques juridiques supplémentaires.

Dès lors, il est nécessaire dans une perspective comparatiste de mesurer la pertinence du système de l'arbitrage comme mode de règlement des litiges du projet CET (Paragraphe I) pour pouvoir identifier les entraves à son recours dans la réalisation du projet CET (Paragraphe II).

¹⁰²⁸ Bernard Audit, *Jurisprudence arbitrale et droit du développement*, in *contrats internationaux et Pays en Développement*, p.115.

¹⁰²⁹ Alain PLANTEY, *Quelques observations sur l'arbitrage administré*, IDI n°2.1996.p.73 t.

¹⁰³⁰ Pendant longtemps, les pays en développement se sont montrés hostiles à l'arbitrage, en tant que mode habituel de règlement des litiges qui les opposent à des sociétés privées étrangères. Ils estiment, en effet, que l'arbitrage protège plus les droits acquis des investisseurs privés que les nécessités de leur développement. Trois grandes critiques ont été formulées. D'abord, pour les pays en développement, l'arbitrage international permet aux sociétés étrangères d'échapper aux procédures administratives et aux instances judiciaires du pays d'accueil. Ensuite, les pays en développement ne comprennent pas pourquoi les pays développés et leurs sociétés imposent l'arbitrage international dans leurs relations contractuelles alors que ce n'est pas le cas dans ces mêmes relations entre eux. Enfin, du fait de l'expertise arbitrale maîtrisée par les ressortissants des pays développés, l'arbitrage favorise, le plus souvent, les sociétés étrangères. V ; G. FEUER et H. CASSAN, *Droit international du développement*, Précis Dalloz, 2^èéd. 1991p. 184, n°157.

¹⁰³¹ Idem.

Paragraphe I : La pertinence de l'arbitrage dans le règlement des litiges nés du projet CET

753. L'arbitrage comme mode de règlement des litiges résultant de l'exécution de projet CET se comprend si l'on l'appréhende avant (Sous paragraphe I) et après (Sous paragraphe II) la prise de la sentence arbitrale.

Sous paragraphe I : Les particularités de l'arbitrage avant le prononcé de la sentence arbitrale

754. Le recours à l'arbitrage peut s'analyser à travers des hypothèses (B). Mais il convient d'abord d'appréhender la position dès lors, contrats CET et le projet de Guide de la CNUDCI destiné à organiser les projets d'infrastructures à financement privé (A).

A- La position des lois, de contrats CET et le Guide de la CNUDCI

1- La position des lois et des contrats CET

744. L'arbitrage commercial international « est un procédé de résolution des litiges commerciaux internationaux qui consiste à confier, par convention le pouvoir de trancher ces litiges à une ou plusieurs personnes privées¹⁰³² ». Il est « une technique visant à faire donner la solution d'une question intéressant des rapports entre deux ou plusieurs personnes par une ou plusieurs autres personnes, l'arbitre ou les arbitres, lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuant sur la base de cette convention sans être investis de cette mission par l'Etat¹⁰³³ ». Par l'arbitrage, les parties au contrat CET conviennent avant ou après l'apparition du litige, de soumettre celui-ci à un arbitre qui est dépositaire d'un certain nombre de pouvoirs, mais aussi soumis à un certain nombre de règles. Celles-ci sont contenues généralement, dans la réglementation régissant l'arbitrage. Chaque pays a établi des réglementations spécifiques relatives aux procédures de l'arbitrage et aux sentences arbitrales.

¹⁰³² Jacques BEGUIN, L'arbitrage commercial international, Centre de Recherches en Droit privé et comparé du Québec, 1987, p.3.

¹⁰³³ René DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982, P.9 ; voir aussi, Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Bertold GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996, pp.11 et 12.

Certains pays ont doublement unifié la législation en la matière : unification dans l'espace¹⁰³⁴, unification substantielle¹⁰³⁵, alors que d'autres comme la France, distinguent arbitrage interne et international en ce qui concerne le contenu de leurs règles. Par conséquent, il est nécessaire de déterminer les critères permettant d'identifier l'arbitrage selon qu'il se fait à un niveau international ou interne. Une telle opération aboutit à l'appréhension des règles applicables à l'arbitrage d'une manière générale.

745. Selon les législations africaine et française, l'internationalité de l'arbitrage découle de celle du litige. L'arbitrage est international s'il a pour objet un litige qui se rapporte au commerce international. Il s'agit donc de la nécessité d'un élément d'extranéité¹⁰³⁶.

L'arbitrage sera donc international si le litige sur lequel il porte a la même qualité, c'est-à-dire s'il implique économiquement, des transferts des biens ou de services d'un pays à un autre¹⁰³⁷. L'arbitrage, en tant que tel est l'instrument adopté par les lois organisant la formule CET dans les différents pays et par les contrats CET. La majorité des législations des pays permettent le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges nés de l'exécution d'un projet CET.

746. Au Sénégal, la loi n°13-2004 relative aux contrats de construction-exploitation-Transfert d'infrastructures du 13 Février 2004 permet aux parties en son article 23 de recourir « à la procédure de l'arbitrage y compris l'arbitrage de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ». En Egypte, la loi N°8 de 1997 sur les garanties et les incitations à l'investissement qui a inséré la réalisation des projets d'infrastructure (électricité, eau potable, autoroutes et télécommunications) ; la loi N°3 de 1997 sur l'octroi des concessions de services public pour la construction et l'exploitation des aéroports, la loi N°229 de 1996

¹⁰³⁴ Ainsi l'Acte Uniforme portant droit de l'arbitrage du 11 Mars 1999.

¹⁰³⁵ L'Acte Uniforme a, en effet, unifié les règles applicables à l'arbitrage international et interne. Voir à ce propos, Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*. Bruylant-Bruxelles. UNIDA, collection Droit Uniforme africain-2002 p.43 n°80 et S.

¹⁰³⁶ Selon le Vocabulaire Capitain, l'extranéité est la qualité de ce qui est étranger. Le droit international privé n'en donne pas une définition aussi précise même le concept fait l'objet de nombreuses études et réflexions sur les questions. E.WYLER et A.PAPAUX, *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Acte du colloque des 27 et 28 Novembre 1997 organisé par l'Institut d'études de droit international de la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne publié Ed Pédoue 1999 ; aussi S.POLLOT – PERRUZZETTO, Note sous cass-cass, 30 janv.2001.

Rev. crit. DIP 2001, p.5395 ; J. VERHOVEN, *Droit international public et droit international privé, ou est la différence ?* Arch. philo. du droit 1987, I.32, p.23.. P.GANNAGE, *La distinction des conflits internes et des conflits internationaux des lois*. Mélanges ROUBIER. Dalloz, 1961, p.229.S., P.LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé*. Cours général de droit international privé. RCADI, 1977 ; II, p.1.

J.A. CARILLO-SALCEDO, *Le renouveau du particularisme en droit international privé*. RCADI, 1978, II, P.181. S et Spéc. P.213 S.

¹⁰³⁷ Yves DERAÏNS, *Sources et domaines d'application du droit français de l'arbitrage international* in *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, FEDUCI, 1984, p S.

autorisant la construction et l'exploitation des autoroutes publiques par recours à la formule CET et la loi N°100 de 1996 sur la production de l'électricité par le secteur privé selon la technique CET et la plupart des codes des investissements et les accords bilatéraux de promotion et protection des investissements, sont favorables à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges des projets CET. Au Viêt-Nam¹⁰³⁸, selon l'article 15 du règlement BOT de 1993, au cas où ni la négociation, ou la conciliation n'aboutissent, les litiges seront réglés par voie d'arbitrage d'un commun accord entre les parties.

747. En Chine¹⁰³⁹, un arbitrage CIETAC (*China International Economic Trade Arbitration Commission*) a été prévu pour le règlement des litiges des projets CET, suivant une procédure complexe mais soucieuse des intérêts de toutes les parties, tout en assurant la possibilité d'exécution d'une éventuelle sentence.

748. L'arbitrage constitue un critère déterminant pour attirer des investisseurs. Car, ceux-ci, méfiant des tribunaux étatiques, préfèrent le règlement de leurs litiges par voie de l'arbitrage. C'est pourquoi, il faut saluer la position de ces lois favorables à l'arbitrage pour résoudre les litiges des projets CET. D'une manière générale, aussi, tous les contacts CET font référence à l'arbitrage. L'article n° 18-3 du contrat CET du projet du Suez Gulf prévoit que « ... *any dispute or difference between the parties arising out of or in connection with this agreement (each dispute) shall be settled by arbitration...* ». Quant l'article 13 du contrat CET de l'Aéroport de *Marsa Alminie*, il stipule que tous les litiges entre les parties relatifs à l'application ou à l'interprétation du contrat seront, faute d'une solution négociée, résolus conformément au système de la conciliation et de l'arbitrage de la CCI. Il en est de même du contrat de construction et exploitation du Tunnel sous la Manche. Aux termes de son article 40 « ... Tout litige relatif à l'application de la concession survenant entre les concessionnaires ou l'un d'entre eux et les concédants ou l'un d'entre eux, doit être soumis à un tribunal arbitral... ».

¹⁰³⁸ Hoang Phoc HIEP, Quelques problèmes juridiques vietnamiens concernant les projets d'infrastructures sous formes de BOT. Op. cit. 1987, 1997, p.879 ; Le Dang DONH, Les rapports entre la Société ad hoc BOT et la puissance publique. 1997, p.896.

¹⁰³⁹ Bruno de CAZALET, Le modèle de concession à la chinoise. Les Echos n°17330 du 6 Fév. 1997

Toro JINGZHOV, Les spécificités des investissements étrangers en Chine, in contrats internationaux et pays en développement. Economic 1989, p.220.

2°) La position du Guide de la CNUDCI

748. Le guide de la CNUDCI recommande le recours à l'arbitrage¹⁰⁴⁰. Selon ce guide, les promoteurs et le gouvernement d'accueil peuvent résoudre leurs litiges en recourant au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) créé par la Convention de Washington le 18 Mars 1965¹⁰⁴¹. Cette recommandation à recourir à l'arbitrage pour régler les litiges des projets CET se justifie par les avantages qu'il comporte¹⁰⁴². En effet, l'arbitrage offre aux parties du projet CET la possibilité d'une résolution rapide de leurs litiges, de procédures moins rigides, moins formalistes et plus économiques tout en recourant à des personnes possédant des connaissances techniques que n'ont pas les juges. De ce point de vue, l'arbitrage constitue une justice moins lente, moins coûteuse. L'obligation de confidentialité qui est actuellement l'un des principes fondamentaux régissant le règlement des litiges internationaux est consacrée par les règlements d'arbitrage¹⁰⁴³. Cette obligation de confidentialité permet aux parties de ne pas divulguer les détails de leurs litiges sur la place publique avec le danger d'une publication ultérieure dans une revue. En effet, ce caractère de l'arbitrage est important pour les projets CET. Les acteurs dans ces projets détiennent des secrets technologiques, des brevets d'invention. Les documents confidentiels qui requièrent une certaine confidentialité. Dans le cadre des politiques des pays en voie de développement visant à attirer les investisseurs, l'arbitrage devient de plus en plus une conditionnalité posée par les capitaux privés¹⁰⁴⁴. Ainsi le recours à l'arbitrage a pour effet de promouvoir les investissements directs dans les pays en voie de développement. Mais si l'arbitrage assure la rapidité, la confidentialité, la souplesse et des solutions plus adaptées aux litiges résultant de l'exécution du projet CET.

749. L'arbitrage n'est pas, tout de même, une panacée¹⁰⁴⁵. En effet, la grande faiblesse de la procédure arbitrale tient aux pouvoirs limités des arbitres. Ils n'ont pas les mêmes pouvoirs d'ordonner la comparution de témoins, la présentation de pièces, l'exécution des décisions en

¹⁰⁴⁰ CNUDCI. Draft of a legislative guide on privately financed infrastructure projects. Chapter II, General legislative consideration, Report of the Society of the Secretary General. A/CN.9/444/Add2, January 1998 p.16

¹⁰⁴¹ Sur ce Centre, voir Philippe OUARRAT, La pratique du CIRDS, DPCT 1987 n°2 pp.273 et S.

¹⁰⁴² Jacques BEGUIN, op.cit. 1987 pp.8 et S. ; Alan REDFEM et Martin HUNTER, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international LGD5, 2^e éd. 1992 pp.18.

René DAVID, op.cit.1982, pp.15 et S. ; Alan PLANTEY, Quelques observations sur l'arbitrage administré, IDI n°3, 1999 pp731 et 732.

¹⁰⁴³ André BRABANT, op.cit. 1981 p.376.

¹⁰⁴⁴ Joseph ISSA-SAYEGH, Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA, Revue Camerounaise de l'arbitrage n°Spécial, oct. 2001, p.22.

¹⁰⁴⁵ André BRABANT, op.cit, 1981 ; Joseph ISSA-SAYEGH, *idciu*.

saisissant un compte en banque ou en mettant des actifs sous séquestre, etc. contrairement au juge, l'arbitre ne peut prendre des mesures de contrainte, et ses décisions ne peuvent être exécutées qu'après avoir été revues par les tribunaux judiciaires conformément aux règles de l'exéquatur. L'organisation des procédures de l'arbitrage, son lien, la désignation des arbitres, le choix de la loi applicable à la convention de l'arbitrage, l'administration de la preuve, sont des questions qui déclenchent des problèmes dans la pratique arbitrale.¹⁰⁴⁶ L'exécution des sentences arbitrales n'est pas toujours facile. Elle peut se heurter à des difficultés inattendues. Un arrêt récent et inédit de la Cour de Cassation italienne exige que le règlement organisant l'arbitrage soit annexé au contrat comportant la clause compromissoire ou y soit reproduit in extenso¹⁰⁴⁷. Malgré ces inconvénients, l'arbitrage international reste le mode de règlement des litiges les plus usité dans le cadre des projets CET. En effet, ses avantages l'emportent largement sur ses inconvénients¹⁰⁴⁸. En définitive, le recours à l'arbitrage se justifie par la pression des sociétés étrangères et par la nécessité pour les pays en voie de développement d'attirer les investissements¹⁰⁴⁹.

B- La mise en place de l'instance arbitrale dans les projets CET

749. Les opérations à cette étape sont consacrées aux modalités de recours à l'arbitrage, à la nomination des arbitres, à l'effet du recours et à l'autonomie de la clause compromise.

1°) Les modalités du recours à l'arbitrage

750. L'arbitrage international est fondé sur la volonté des parties¹⁰⁵⁰. Pour qu'elles puissent soumettre leurs litiges à l'arbitrage, les parties doivent donc signer une convention dite convention d'arbitrage. Elle est la convention « par laquelle deux parties, ou plus, s'engagent à faire trancher par un ou plusieurs arbitres les litiges susceptibles de s'élever entre

¹⁰⁴⁶ S. PAUTOT. L'arbitrage international dans les marchés de travaux publics internationaux, Thèse Aix en Provence, 1976, pp.149 et S.

¹⁰⁴⁷ André BRABANT, op. cit. 1981 p.376.

¹⁰⁴⁸ Jacques BEGUIN, op.cit. 1987.p.8

¹⁰⁴⁹ Bernard AUDIT, Jurisprudence arbitrale et droit du développement, in Contrats internationaux et pays en développement, Economica, 1989 p.115

¹⁰⁵⁰ Alain PLANTEY, Quelques observations sur l'arbitrage administré, IDI, 1999 p.732.

elles ou ceux qui les opposent déjà, et qui mettent en cause les intérêts du commerce international ¹⁰⁵¹».

751. Il existe deux types de conventions d'arbitrage¹⁰⁵². La clause compromissoire insérée dans les contrats du projet CET (Accord de projet, contrat *Take or pay* et *supply or pay*) représente la première forme de la convention d'arbitrage. Elle est « la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat¹⁰⁵³ ». Dans la mesure où les droits contenus dans ces contrats peuvent être cédés, le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire la clause compromissoire y étant insérée. Par exemple, à l'occasion de la cession des droits résultant du contrat *take or pay* aux banques prêteuses par un bordereau *Loi Dailly*, « le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire la clause compromise insérée dans le contrat à partir duquel est née la créance qu'allègue le cessionnaire, tout comme il peut se prévaloir de toutes les exceptions tirées de ses rapports contractuels avec le cédant. La réalisation de la cession par un bordereau *Loi Dailly* ne modifie pas cette règle ; en effet, ce bordereau ne s'analyse pas en un effet de commerce donnant naissance entre le cessionnaire et le débiteur à une nouvelle relation ; mais constitue un mode particulier de transfert des créances avec les formalités distinctes de celles de l'art.1690 c.civ. Et n'emporte aucune novation de la créance¹⁰⁵⁴. Le deuxième type de convention d'arbitrage prend la forme d'un compromis d'arbitrage.

752. L'Acte uniforme portant droit de l'arbitrage admet les deux types. Le recours à l'arbitrage est d'ailleurs possible même si une instance est en cours devant une juridiction

¹⁰⁵¹ Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Bertold GOLDMAN, op.cit. 1996 n.209, voir aussi René BOURDIN, La Convention d'arbitrage international en droit français depuis le Décret du 12 mai 1981, in *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, FEDUCI, 1984 p.12.

¹⁰⁵² Il faut remarquer que la convention d'arbitrage est encore appelée génériquement « Accord compromissoire » et cet accord englobe la clause compromissoire et le compromis. Sur cette question en doctrine, FOUCHARD, *l'arbitrage commercial international*, Paris 1965, n°115 et *Suiv.* . GOLDMAN in *Rép. DALLOZ. Dr.inter. Arbitrage*, n°56 et *S.*

Level J.ch dr.inter. fasc.585; LOUSSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international* 1969 n°81, KLEIN, Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international, *Rev. Crit.* 1961, 499 et *S.*, FRANCESKAKIS, Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de la clause compromissoire, après l'Arrêt HECHT. De la Cour de Cassation, *Rev. arb.* 1974 p.67. EDELMAN, Accord compromissoire et internationalisation de la volonté, *JCP* 1972

I. 2487. ... Il arrive aussi que la jurisprudence et surtout les auteurs parlent simplement de clause compromissoire. Le débat n'est pas pour autant modifié par l'utilisation de l'une ou l'autre expression considérées comme équivalentes. D'ailleurs – DELAUME insiste sur le fait que la distinction est dépourvue de portée car les mêmes règles s'appliquent. (*Transnational contracts* § 13-01 p.5.)

¹⁰⁵³ L'article 1442 du NCPC français.

¹⁰⁵⁴ Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 9 janvier 1997, SNTM Hyproc C/Banque générale du commerce, *Rev.arb.*n°1, 1997, note Daniel COHEN.

judiciaire à condition que la convention détermine à peine de nullité, les questions soumises à l'arbitrage¹⁰⁵⁵.

2°) La nomination des arbitres

753. La clause compromissoire insérée dans le contrat CET commence par la mise au point de la procédure relative à la désignation des arbitres : « *Each Party shall appoint one arbitration. The two arbitrators thus appointed shall choose the third arbitrator who will act as the presiding arbitrator of the tribunal. If within thirty (30) days after the appointment of the second arbitrator, the two arbitrators have not agreed upon the choice of the presiding arbitrator, then either Party may request the Center or, in the case of proceedings under section 18.3 (d) of this Agreement, the international chamber of Commerce to designate more appointing authority such appointing authority in the case of the centre, shall appoint the presiding arbitrator in the same way as a sole arbitrator would be appointed under the article 6.3 of the UNCITRAL Arbitration Rule*¹⁰⁵⁶ ».

Selon cet article, le tribunal est composé de trois arbitres. Chaque partie nommera un arbitre. Les deux arbitres désignés par les parties nommeront les trente jours à partir de la date de la désignation du deuxième arbitre, les deux arbitres ne sont pas d'accord sur le choix du président du tribunal arbitral, ce dernier sera nommé par la CCI. Comme l'indique la clause, la nomination du président du tribunal sera effectuée conformément à l'article 6 des règles de l'UNCITRAL¹⁰⁵⁷. Ce dernier stipule qu'en cas de nomination d'un arbitre unique, chaque arbitre) a la possibilité de proposer à l'autre partie : a) le nom d'une ou plusieurs personnes susceptibles d'exercer les fonctions d'arbitre unique ; et b) si aucune autorité de nomination n'a été choisie par les parties d'un commun accord, le nom d'une ou plusieurs institutions ou personnes susceptibles d'exercer les fonctions d'autorité de nomination¹⁰⁵⁸. Si, pendant les trente jours suivant la réception d'une proposition, les parties ne sont pas d'accord sur le choix d'un arbitre unique, celui-ci sera nommé par l'autorité de nomination n'a été choisie par les parties refuse d'agir ou ne nomme pas l'arbitre dans les soixante jours suivant la réception

¹⁰⁵⁵ R. AMOUSSOU-GUENOU. Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne, Thèse Paris II. 1995. p.29, Robert DOSSOU, La pratique de l'arbitrage en Afrique, in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Travaux Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement. vol. I p.125 et S.

¹⁰⁵⁶ L'article 18.3 du contrat en BOT du projet de Suez Golf en Egypte.

¹⁰⁵⁷ Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Résolution 81/98 adoptée par l'Assemblée générale le 15 décembre 1976.

¹⁰⁵⁸ Article 6.1 du Règlement de l'UNCITRAL

de la demande d'une partie, procède à la nomination d'un arbitre unique aussi rapidement que possible. Elle peut, sous la nomination, utiliser le système des listes conformément à la procédure suivante, à moins que les deux parties acceptent de ne pas écarter cette procédure ou que l'autorité de nomination estime, dans l'exercice de son autorité d'appréciation que le recours au système des listes selon cette procédure ne convient pas dans le cas en cause : a) à la requête de l'une des parties, l'autorité de nomination communique aux deux parties une liste identique contenant au moins trois noms ; b) dans les quinze jours de la réception de cette liste, chaque partie a la possibilité de la renvoyer à l'autorité de nomination après avoir rayé le nom ou les noms auxquels elle fait objection et numéroté les noms restant conformément à ses préférences ; c) à l'expiration du délai susmentionné, l'autorité de nomination désigne l'arbitre unique parmi les personnes dont les noms figurent sur les listes qui lui ont été renvoyées et en suivant l'ordre de préférence indiqué par les parties ; d) si, pour une raison quelconque, la nomination ne peut se faire conformément à cette procédure, la nomination de l'arbitre unique est laissée à l'appréciation de l'autorité de nomination¹⁰⁵⁹. Comme l'expert, le président du tribunal arbitral ne doit pas avoir la nationalité de l'une des parties et ne doit pas être un actionnaire possédant dix pour cent ou plus du capital de la société de projet. Il ne doit pas également être un employé ou un agent de l'une des parties. L'objectif est de pouvoir choisir un arbitre indépendant et impartial.

Le droit OHADA de l'arbitrage consacre aussi la liberté des parties en matière de constitution du tribunal arbitral. L'article 5 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage dispose que « les arbitres sont nommés et révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties ». Ainsi pour le législateur, la volonté des parties a prééminence¹⁰⁶⁰. A défaut de cette volonté, la loi s'applique. Toutefois, cette liberté des parties est limitée par des conditions posées par l'Acte uniforme. En effet, l'article 8 al 1^{er} limite le nombre d'arbitres à trois au plus. Cette limitation est assez inhabituelle¹⁰⁶¹. On peut comprendre que la législation impose un nombre impair¹⁰⁶² pour ne pas se trouver dans les situations de blocage de décision à prendre par les arbitres et même un collège de plus de trois, des arbitres. Cette limitation

¹⁰⁵⁹ L'article 6.2 du Règlement de l'UNCITRAL.

¹⁰⁶⁰ Pierre MEYER, *Droit de l'arbitrage*, op.cit. 2002, N° 221 p.135

¹⁰⁶¹ *Idem*, P.137.

¹⁰⁶² C'est le cas en France pour l'arbitrage international, car pour l'arbitrage interne, un nombre impair est exigé (art.1453 NCPC) ;

Au Maroc (Dahir du 28 Septembre 1974 art.306.), en Algérie (Décret législatif du 25 Avril 1993 modifiant et complétant le Code de proc. Civile). L'article 10 de la Loi type de la CNUDCt prévoit que « les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres. Faute de quoi, il est nommé trois arbitres ».

pourrait avoir des conséquences très désagréables dans un arbitrage multipartite comme c'est le cas dans le règlement des litiges nés de l'exécution de projet CET.

3°) Les effets de la clause compromissoire dans les contrats du projet CET

754. La clause compromissoire dans l'Accord de projet, *supply or Pay* et *take or pay* provoque deux effets. Elle permet d'abord d'établir la compétence du tribunal arbitral. Ni l'autorité concédante, ni la société de projet ne peuvent se soustraire à cette compétence que par un commun accord¹⁰⁶³. Si la présence de l'Etat ou l'une de ses émanations comme partie de ces contrats rend complexe la situation dans la mesure où ils bénéficient de l'immunité de juridiction, la Cour de Cassation française décide sans ambiguïtés que la signature par l'Etat d'une clause compromissoire vaut renonciation à l'immunité de juridiction¹⁰⁶⁴.

755. La clause compromissoire déploie aussi un effet négatif¹⁰⁶⁵. Il s'agit de la possibilité de soustraire le litige de la compétence des tribunaux étatiques. Les parties ne sont donc pas autorisées à présenter leur instance devant ces tribunaux. A défaut, ceux-ci sont obligés à se déclarer incompétents ou à déclarer l'action irrecevable. En effet, l'exclusion de la compétence des tribunaux étatiques comme un effet de l'existence d'une clause compromissoire suppose que celle-ci soit valide. Il est à noter que l'exclusion de la compétence des tribunaux n'est pas définitive et totale¹⁰⁶⁶. Ils restent compétents pour ordonner des mesures conservatoires, assurer l'exécution de la décision prise par le tribunal arbitral et exercer un certain contrôle sur cette décision.

4°) L'autonomie de la clause compromissoire

756. La clause compromissoire contenue dans les contrats CET (*Take or pay* et *supply or pay*, Accord de projet) est autonome de ceux-ci. Le caractère autonome est essentiel dans le régime juridique de la clause compromissoire¹⁰⁶⁷. Selon Pierre MEYER, cette autonomie est substantielle et juridique. L'autonomie substantielle envisage la convention d'arbitrage par

¹⁰⁶³ Cass.1^{ère}, 6 juin 1978, *British Leyland*, IDI 1978, p.907, note OPPETIT ; Rev.arb.1979 p.230, note LEVEL.

¹⁰⁶⁴ Cass.1^{ère}, 18 Novembre 1986, IDI 1987, p.120, note OPPETIT, Rev.crit DIP, 1987 p.786 note P.MAYER.

¹⁰⁶⁵ Claude GOLDMAN, Mesures provisoires et arbitrage international, RDAI N°1, 1999, p.5 ; JL De GRANDCOURT, les compétences respectives du juge des référés et l'arbitrage international in L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon.LOUSSOUARN ; Dalloz, 1994, p206

¹⁰⁶⁶ Reuè DAVID, op.cit. 1982, p.291.

¹⁰⁶⁷ Pierre MEYER, op.cit.2002, p.79,n°123

rapport au contrat qui la contient. L'autonomie substantielle consiste à « immuniser » la convention d'arbitrage à l'égard des causes d'invalidité susceptibles d'affecter le contrat contenant ladite convention¹⁰⁶⁸. L'article 4 de l'Acte Uniforme OHADA portant droit de l'arbitrage a expressément affirmé cette autonomie substantielle¹⁰⁶⁹.

757. Le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est accepté tant dans les règlements d'arbitrage¹⁰⁷⁰ de nombreux ordres juridiques étatiques que par la jurisprudence¹⁰⁷¹. Le principe de l'autonomie a été posé sans ambages par un arrêt GOSSET¹⁰⁷².

757. Dans cette affaire complexe, l'exequatur d'une sentence italienne ayant condamné la partie française à verser des dommages intérêts pour inexécution fautive avait été demandée en France. La partie française condamnée arguait de la nullité absolue du contrat principal pour contrariété à une interdiction d'importation ; ladite nullité « organique » s'étendant à la clause compromissoire. Il en résultait que la sentence avait été rendue sur un compromis nul et ne devrait donc, en définitive, pas recevoir exécution en France. Suppléant des motifs de la Cour d'appel par un motif qu'elle qualifia elle-même, de « pur droit », la Cour de cassation rejeta le pourvoi sur ce point en affirmant la complète autonomie de la clause compromissoire « Mais attendu au contraire qu'en matière d'arbitrage internationale, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ». La clause compromissoire est une convention dans la convention dans la mesure où il existe deux contrats, le contrat principal qui comporte les obligations commerciales des parties et le contrat secondaire qui contient l'obligation de résoudre tout litige résultant des obligations contractuelles par l'arbitrage¹⁰⁷³. Il est alors évident pour la Cour de Cassation de provoquer une mesure de la clause en dépit de l'éventuelle nullité du contrat dans lequel elle pouvait être incluse puisque la conséquence la plus claire de la norme de l'autonomie juridique posée en l'espèce. En d'autres termes, la cour de cassation consacre

¹⁰⁶⁸ P. MEYER, op.cit. p.79 n°125.

¹⁰⁶⁹ Art 4 « La Convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat... », sur cette question, Voy. P.ANEL, L'Actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Trav.com.fr. dr.inter pr.1995-1992 p.75. et S.

¹⁰⁷⁰ L'article 8.4 du Règlement de la CCI, l'article 21.2 du Règlement de la CNWDI.

¹⁰⁷¹ Article 4 Aete Uniforme de l'OHADA portant droit de l'arbitrage.

¹⁰⁷² Cass-civ. 7 Mai 1963.D. 1963.545 note J. Robert ; JCP 1963.II.13405 note GOLDMAN, Rev.crit.1963.615, note Motulsky.Rev arb. 1963

60.1^{ère} espèce note Bredin.

¹⁰⁷³ Alan REDFERN et Martin HUNTER, op.cit. 1998 p.143.

et abandonne la règle de la solidarité de la clause compromissoire et du contrat principal. Cet abandon a eu l'avantage de permettre aux arbitres de statuer sur leur propre compétence¹⁰⁷⁴.

758. Mais que faut-il entendre par « autonomie » de la clause compromissoire ? Pour la plupart des commentateurs, l'autonomie de la clause conduit à désolidariser intellectuellement celle-ci du contrat dans lequel il peut être matériellement inclus¹⁰⁷⁵.

Il résulte donc de ce principe certaines conséquences très importantes¹⁰⁷⁶ que les vicissitudes qui peuvent atteindre ces contrats n'ont aucun effet sur la clause compromissoire lorsque l'une des parties du contrat soulève un ou plusieurs de ces moyens devant le tribunal arbitral. Ce dernier peut rejeter ces exceptions en tant qu'il retient la validité de la clause compromissoire. Mais parfois, ces vicissitudes pourraient avoir des effets sur la clause compromissoire en cas comme le souligne l'arrêt Gosset, de circonstances exceptionnelles. D'après M. MOTULSKY et M. GOLDMAN, il y a circonstances exceptionnelles si les parties au contrat ont expressément soudé la clause compromissoire au contrat principal ou si la même cause de nullité affecte la clause compromissoire et le contrat principal : incapacité, vice du consentement, entre autres.

Il est aussi imaginable que la loi qui gouverne ces contrats soit différente de celle applicable à la clause compromissoire. En ce sens, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (article 3) considère que la clause compromissoire constitue une « partie distincte » que les contractants et les juges peuvent soumettre à une loi autre que celle régissant le contrat principal¹⁰⁷⁷.

Sous paragraphe II : Les particularités de l'arbitrage après le prononcé de la sentence arbitrale

759. Après la prise de la sentence arbitrale, la partie perdante cherche à l'annuler alors que la gagnante vise à l'exécuter. Les parties aux contrats en BOT sollicitent les voies de recours en vue d'anéantir la sentence arbitrale et son exécution. Dans le cadre de cette étude, ces voies

¹⁰⁷⁴ Jean-Michel JACQUET, *op.cit.*, p.43.

¹⁰⁷⁵ Comme l'a écrit Motulsky : « L'unité matérielle de « l'acte-instrumenteur », n'empêche pas la dualité intellectuelle des acte-négotia ».

¹⁰⁷⁶ Yvon LOUSSOUARN et Jean-Denis BREDIN, *Droit du commerce international*, Editions Sirey 1969 p.94.

¹⁰⁷⁷ Voir Paul LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980* Rev.crit.DIP 1991 p.278.

de recours doivent être analysées à la lumière des lois françaises et OHADA et des règlements internationaux.

A- Les voies de recours contre la sentence arbitrale

1°) Les voies de recours eu droit OHADA

760. En droit communautaire africain, plusieurs voies de recours sont possibles : le recours en annulation, le recours en révision et la tierce opposition. L'article 11 al.3 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage prévoit le recours en annulation contre les sentences partielles dans lesquelles le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. Mais le problème qui se pose est le silence de l'Acte Uniforme à propos des sentences sujettes à annulation. En effet l'article 25 dispose sans autre précision que : « elle peut faire l'objet d'un recours en annulation... » or, l'article 1^{er} fixe le champ d'application de l'Acte uniforme relativement au siège du tribunal arbitral dont il s'agit sont celles rendues par un tribunal arbitral dont le siège est situé dans un Etat partie. Cette solution semble évidente et consacrée¹⁰⁷⁸.

761. Mais on peut se poser la question de savoir si le recours en annulation est ouvert seulement à l'égard des sentences rendues par un tribunal arbitral dont le siège territorial se situe dans un Etat-partie ou s'il peut également être exercé contre une sentence rendue sur la base de l'Acte uniforme alors que le tribunal arbitral siège dans un Etat non membre de l'OHADA. Par principe, la réponse est affirmative. Cette position a été précédemment adoptée par la convention de New York en son article V paragraphe 1e, même si en droit comparé les avis sont partagés¹⁰⁷⁹. On comprend les inquiétudes des tenants de la position positive. Selon eux, sur le plan technique cette extension pourrait entraîner un conflit de compétence¹⁰⁸⁰. En dernier lieu, le problème des effets de l'annulation se pose également. La question qui se pose ici est de savoir si les sentences annulées dans l'Etat du siège territorial peuvent être reconnues et exéquaturées dans les autres Etats. Il est tout à fait logique d'envisager la réponse négative. Car la communauté de législation sur l'arbitrage entre les Etats exclut nécessairement l'éventualité d'une invalidation de la sentence dans un pays et son

¹⁰⁷⁸ Voir art.34 Loi-type CNUDCI

¹⁰⁷⁹ Ph. FOUCHARD, F. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit p.924 et S.; A.

REDFERN et M.HUNTER. op.cit. p.350.

¹⁰⁸⁰ C'est par exemple l'hypothèse où la sentence serait annulée dans un Etat de l'OHADA alors que cette même sentence aurait été validée dans l'Etat du siège territorial ou inversement.

exequatur dans un autre pays, alors que ces deux pays seraient membres de l'OHADA¹⁰⁸¹. La convention de New York du 10 juin 1958 exclut également la reconnaissance de l'exequatur dans le système conventionnel, d'une sentence « annulée... par une autorité compétente du pays, dans lequel ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue ».

762. La sentence arbitrale peut enfin faire l'objet d'un recours en révision et d'une tierce-opposition. L'article 25 al 2 de l'Acte uniforme dispose que la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une révision « en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu du tribunal arbitral et de la partie qui demande la révision ». Malheureusement, l'Acte uniforme ne précise pas les conditions procédurales du recours en révision. Certainement ce recours a nécessairement un effet dévolutif puisqu'il remet en cause la chose jugée par le tribunal arbitral. Aux termes de l'article 25 al.4 le recours de tierce-opposition est possible « devant le tribunal arbitral par toute personne physique ou morale qui n'a pas été appelée et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits ». Elle constitue une conséquence de l'autorité relative de la chose jugée qui s'attache à la sentence¹⁰⁸². Cette procédure a pour effet de rétablir la relativité de la chose jugée à l'égard des tiers ; à condition que ce tiers n'ait pas été appelé à l'instance arbitrale. La condition a surtout pour objet d'atténuer l'absence d'intervention forcée en matière d'arbitrage¹⁰⁸³.

763. Le législateur français distingue, quant à lui, les sentences arbitrales rendues en matière d'arbitrage interne de celles rendues en matière internationale. Les premières ne font l'objet que d'un recours en appel, sauf renonciation des parties¹⁰⁸⁴ ou en révision¹⁰⁸⁵. En ce qui concerne les deuxièmes, là encore le droit français distingue les sentences arbitrales internationales rendues en France de celles rendues à l'étranger ou à propos des litiges directs : c'est contre l'ordonnance d'exequatur ou de reconnaissance que le recours sera dirigé sous la forme d'un appel. Par contre, les sentences arbitrales internationales rendues en France est donc la même que celle du droit OHADA de l'arbitrage. En somme, en droit français la voie de recours indiquée contre les sentences arbitrales internationales est l'annulation.

¹⁰⁸¹ Ph. FOUCHARD, La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine. *Rev.arb.* 1997, p.329 et S ;

E. GAILLARD, L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine, *IDI* 1998 p.647, J.F. POUDRET, Quelle solution pour en finir avec l'Affaire Hilmarthou ? Réponse à Philippe FOUCHARD, *Rev.arb.* 1998 p.7.

¹⁰⁸² Voir Art.23 A.U.A.

¹⁰⁸³ On rappelle qu'en vertu de la nature contractuelle de l'arbitrage seule l'intervention volontaire est possible.

¹⁰⁸⁴ L'article 1481 NCPC dispose que les sentences arbitrales en matière interne ne sont pas susceptibles de recours en cassation ou en opposition.

¹⁰⁸⁵ C'est l'article 1491 qui le permet.

2°) Les conditions du recours

764. Conformément à l'article 26 de l'Acte uniforme de l'arbitrage, l'action en annulation contre la sentence arbitrale ne peut être exercée que dans les cas suivants : a) si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ; b) si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ; c) si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ; d) si le principe du contradictoire n'a pas été respecté ; e) si le tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international des Etats signataires du Traité et ; f) si la sentence arbitrale n'est pas motivée ».

765. En France, la compétence de l'action en annulation appartient à la Cour d'appel dans le ressort duquel la sentence a été rendue. Elle doit être exercée dans le mois suivant la signification de la sentence déclarée exécutoire¹⁰⁸⁶. On peut déduire de ces règles appliquées en droit communautaire africain et en droit français que le recours en annulation de la sentence est la voie indiquée quoique parfois les conditions sont plus ou moins divergentes.

B- L'exécution de la sentence par les parties aux contrats CET

766. La sentence arbitrale n'est pas automatiquement exécutée puisque, contrairement au juge étatique, l'arbitre n'a pas d'imperium. La sentence arbitrale peut être exécutée volontairement par les parties. De même, selon l'article 24 A.U. Arb. , le tribunal arbitral peut accorder l'exécution provisoire. Cependant, sur ce point l'Acte uniforme est muet sur les conditions de l'exécution provisoire. Il ne précise pas si son prononcé peut être subordonné à la constitution d'une garantie.

767. En réalité, la sentence arbitrale ne sera exécutée que si elle a reçu l'exequatur. L'exequatur est l'ordre d'exécution donnée par l'autorité judiciaire, d'une sentence rendue par une justice privée¹⁰⁸⁷. L'instance en exequatur, dans l'analyse courante, a pour objet de conférer au jugement ou sentence étranger de la partie exécutoire et de l'autorité de chose jugée qui lui ferait défaut jusque-là. On note une dualité de système en matière de règlement arbitral : le droit issu de l'acte uniforme, et celui découlant du règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Selon le droit communautaire OHADA, sont

¹⁰⁸⁶ Voir art. 1505 du NCPC français.

¹⁰⁸⁷ Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques* Dalloz 1990. 8^e édition p.227.

soumises à l'exequatur les sentences rendues sur le fondement de l'Acte uniforme ou du règlement d'arbitrage de la CCJA. Il s'agit des sentences où le siège du tribunal arbitral se trouve dans un Etat tiers mais où l'acte uniforme a été choisi par les parties en tant que loi de procédure. Mais il convient de remarquer que l'Acte uniforme contrairement au règlement d'arbitrage de la CCJA, ne régit pas la procédure d'exequatur. Il se limite seulement à prévoir dans son article 30 que la décision d'exequatur doit être « rendue par le juge compétent dans l'Etat partie ». Le droit uniforme renvoie alors aux législations de procédure civile. Les Etats membres – La décision qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours (art.32 de 2 li.A.). Par contre, la décision qui refuse l'exequatur n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage (art.32.ali 1^{er} A.U. Arb.). Les règles susmentionnées sont applicables aux sentences arbitrales rendues dans les pays membres de l'OHADA et dans les pays non membres. L'exécution des sentences arbitrales dans les pays membres et qui ne sont pas soumises à la loi communautaire ni rendues dans l'un des pays de l'OHADA et qui n'interviennent pas en matière d'arbitrage international sera soumise aux règles de procédure civile de ces pays. On conçoit donc que les sentences peuvent donc être soumises aux règles communautaires, aux règles de procédures civiles ou à la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Dans le cas où la Convention de New York serait applicable aux sentences arbitrales commerciales internationales qui ne sont soumises au droit OHADA, la compétence d'ordonner l'exécution de la sentence arbitrale appartient au tribunal de grande instance dans le ressort duquel elle doit être exécutée. La partie en faveur de laquelle la sentence arbitrale est rendue doit fournir avec la demande d'exécution : 1-L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité, 2- l'original de la Convention d'arbitrage ; 3-Une traduction de la sentence arbitrale en langue du pays devant les tribunaux duquel l'exécution de la sentence est sollicitée. La compétence du tribunal se limite à ordonner l'exécution de la sentence ou à le refuser. Il ne peut refuser l'exécution que si la partie contre laquelle la sentence arbitrale est prononcée fournit la preuve de l'existence de l'un des cas prévus dans l'article 5 de la Convention. Ces cas qui justifient le refus d'ordonner l'exécution de la sentence arbitrale sont presque les mêmes que ceux permettant d'agir en annulation dans le droit OHADA de l'arbitrage sauf lorsque la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

En France, la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur prise par le tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence arbitrale a été rendue¹⁰⁸⁸. Par contre, la compétence d'ordonner l'exécution ou la reconnaissance de la sentence arbitrale rendue à l'étranger est réservée au juge de l'exécution dans le ressort duquel se trouve le domicile de la partie contre laquelle la sentence a été rendue. Faute de domicile, on prend en considération le lien des biens faisant l'objet de l'exécution. La décision refusant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale est susceptible d'appel¹⁰⁸⁹. La décision accordant la reconnaissance ou l'exécution ne peut faire l'objet d'un appel que dans les cas suivant : si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou d'après une convention nulle ou caduque ; si le tribunal arbitral a été composé d'une façon irrégulière ou l'arbitre unique n'a pas été régulièrement désigné, si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui a été assignée ; en cas de non-respect du principe de la contradiction ; si la reconnaissance ou l'exécution est contraire à l'ordre public international¹⁰⁹⁰. Le recours en appel contre la décision refusant ou accordant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est portée devant la cour d'appel qui a statué. Il doit être formé un mois à partir de la signification de la décision du juge. Vis-à-vis des règles applicables à l'exécution ou à la reconnaissance des sentences arbitrales, il nous semble que le législateur français consacre la possibilité de recours en appel contre l'ordonnance d'exécution de la sentence arbitrale. Le recours en appel pourrait, en droit français être fondé sur l'un des cas qui justifie le recours en annulation.

Paragraphe II- Les obstacles au recours à l'arbitrage

768. Du fait que l'objet des contrats CET, supply or pays et take or pay est relatif au fonctionnement d'un service public, ils sont forcément conclus par l'Etat ou l'une de ses émanations. Le contractant a tendance à soumettre les litiges à une procédure de règlement arbitral. Mais, le recours à l'arbitrage par l'Etat ou l'une de ses émanations se heurte à un principe consacré par certaines législations nationales, c'est l'interdiction du recours à l'arbitrage dans les litiges ayant trait à des contrats administratifs (Sous paragraphe I). Au surplus, la réalisation du projet CET donnant lieu à la conclusion de plusieurs contrats concourant à la réalisation du même projet et faisant intervenir un nombre considérable de

¹⁰⁸⁸ L'article 1477 du NCPC. français

¹⁰⁸⁹ L'article 1501 du NCPC. français

¹⁰⁹⁰ L'article 1502 du NCPC. français

personnes, il devient opportun de voir si une clause compromissoire présente dans l'un de ces contrats peut s'étendre à d'autres contrats de telle sorte que les parties puissent se voir opposer ou se prévaloir de cette clause (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I : Les implications de la présence de l'Etat ou d'une personne publique

769. Après avoir exposé le principe de la prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes publiques, on essaiera de le situer dans les ordres juridiques OHADA et français.

A. Le principe de la prohibition de l'arbitrage à l'Etat¹⁰⁹¹

770. Ce principe a été consacré par certaines dispositions contenues dans les législations nationales. Dans le cadre des contrats conclus par l'Etat, les sociétés étrangères détentrices des capitaux et de technologie estiment que le recours à la juridiction nationale pour résoudre des litiges résultant du contrat rend à la fois l'Etat ou l'entreprise publique juge et partie¹⁰⁹². Alors que la prohibition de l'arbitrage aux personnes publiques par « la volonté de ne pas permettre aux personnes publiques d'échapper à la juridiction des tribunaux spécialement établies pour elles¹⁰⁹³ ». Pour déterminer le champ du principe des précisions s'imposent. En France, en l'occurrence, l'interdiction est personnelle et non matérielle, c'est-à-dire que l'interdiction aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage ne s'applique pas à tous les contrats administratifs, mais à ceux conclus par une personne publique. En France, ou dans

¹⁰⁹¹ Il existe cependant une exception. En effet, la loi française du 17 Avril 1906 autorisa le recours à l'arbitrage pour régler les litiges relatifs aux marchés de fournitures et de travaux. Cette disposition est encore applicable dans africains. Ainsi, au Burkina Faso, le cahier des charges relatif aux marchés des travaux publics prévoit que le recours à l'arbitrage peut être demandé par le contractant. (voir article 52 du Décret N° 70-293 du 5 Septembre 1970). En réalité, en application du principe de la séparation des pouvoirs, les pays africains francophones ont hérité d'une tradition juridique commune. Mais il apparaît que cet héritage a connu une prospérité diverse. Par exemple, à l'occasion du contrôle d'une sentence arbitrale (Affaire CCI N° 3406. SATOM c/ COMELEC), le juge malien a été invité à se prononcer sur la validité de la clause compromissoire en droit malien. Le tribunal civil de Bamako avait rendu un jugement n'admettant pas la validité de la clause. Cette décision fut confirmée par la Cour d'Appel de Mali. Selon la Cour, « la juridiction malienne crée sa propre jurisprudence en fonction (...) de l'économie du pays, des lois et règles, qui y prévalent et non par application servile de jurisprudence extérieures qui, elles ne tiennent compte que de leurs propres impératifs ». Mais la justesse du principe en lui-même adopté par le juge d'appel ne se consolide pas automatiquement sur le fondement juridique. C'est pourquoi, la Cour suprême du Mali n'a pas suivi le juge d'appel et a admis la clause compromissoire. Ce slalom juridique que s'impose le juge africain illustre parfaitement son embarras.

¹⁰⁹² Nour- Eddine TERKI, L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie. Rev. Arb. 1990 n°3 p.387.

¹⁰⁹³ Y.GAUDEMET, L'arbitrage, aspects de droit public. Etat de la question -Rev.arb. 1992 p.241.

les pays membres de l'OHADA du fait que les contrats administratifs ne peuvent être conclus que par une personne publique, l'interdiction est faite de compromettre. Selon la jurisprudence administrative française un contrat peut être administratif quoique conclu entre deux ou plusieurs personnes privées¹⁰⁹⁴. L'interdiction de recourir à l'arbitrage frappe indistinctement toutes les personnes morales de droit public et s'étend à toutes les conventions d'arbitrage, compromis ou clause compromissoire¹⁰⁹⁵. Enfin, c'est l'ordre juridique auquel appartient la personne publique qui détermine la capacité de compromettre¹⁰⁹⁶, non pas le droit choisi par les parties pour régler le litige¹⁰⁹⁷.

Le principe de l'interdiction de recourir à l'arbitrage faite à la personne publique présente des inconvénients¹⁰⁹⁸. Il est, en effet, pour conséquence d'empêcher les personnes publiques de participer aux opérations du commerce international en concluant des contrats internationaux. D'ailleurs, il donne à l'Etat ou à l'entreprise publique signant un contrat comportant une clause compromissoire, la possibilité de se soustraire à l'arbitrage. En effet, cette interdiction pose des problèmes lors de la conclusion des contrats faisant partie de la structure contractuelle du projet CET, par l'une des entreprises publiques, non pas par l'Etat lui-même, car « il suffirait que l'Etat s'engage en dépit de cette auto interdiction pour que sa volonté apparaisse changée, et l'interdiction levée¹⁰⁹⁹ ».

C- L'aptitude des personnes publiques à compromettre

1°) La position du droit africain

771. Conformément à la législation OHADA de l'arbitrage de l'investissement et de l'adjudication, les personnes publiques peuvent recourir à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges relatifs aux contrats administratifs. L'article 2 al.2 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage pose une règle de principe essentiel portant sur l'arbitrage lorsque l'Etat ou une entité publique est partie à une convention d'arbitrage. Aux termes de cette disposition, « les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements peuvent

¹⁰⁹⁴ De LAUBADERE, op.cit.T2 1984 p.951.

¹⁰⁹⁵ Dominique FOUSSARD, L'arbitrage en droit administratif, Rev.arb.1990 p.11.

¹⁰⁹⁶ P. Mayer, op.cit.JDI p.53 ; JM.JACQUET, op.cit.JDI 1989 p.665

¹⁰⁹⁷ Dominique FOUSSARD, op.cit.Rev.arb.1990. p.11 ; George BEDEL, Le problème de l'arbitrage entre gouvernement et personnes de droit privé, Rev.arb. n°1, 1961 p.124.

¹⁰⁹⁸ J. M. JACQUET et Ph. DELEBECQUE, op.cit.1997.p.335.

¹⁰⁹⁹ P. MAYER, op.cit.JDt. 1985, p.44.

également être parties à un arbitrage sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ». Cette règle consacre ainsi une tendance très générale, du moins pour l'arbitrage international¹¹⁰⁰ qui interdit à l'Etat de paralyser, par voie d'exception une convention d'arbitrage à laquelle il est parti, en arguant de son incapacité à compromettre ou du caractère inarbitral du litige. Cet article constitue une césure très importante en la matière et « une unification du contentieux des particuliers et des personnes morales dites publiques ». Au-delà, cette disposition, non seulement confirme une tendance mais aussi constitue une innovation significative. Elle est même une révolution même si elle paraît « troublante »¹¹⁰¹ L'Acte Uniforme portant droit de l'arbitrage ne pose aucune limite au pouvoir de compromettre de l'Etat et de ses émanations. La véritable révolution opérée par l'article 2 al. 2 découle du fait que l'Acte Uniforme relève directement du droit interne des Etats membres, et qu'il consacre en même temps l'arbitrage international relatif aux litiges entre Etat et entreprises étrangères mais aussi l'arbitrabilité des litiges impliquant les personnes morales de droit public et ne subordonne ces litiges à aucune autorisation préalable des instances nationales. Toutefois, comme l'a relevé le Doyen M. KAMTO, « il est probable que cette perspective libérale qui se dégage de l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage heurte les législations internes de la plupart des Etats membres de l'OHADA qui consacrent le principe de l'exclusion de l'Etat et des autres personnes morales de droit public de l'arbitrage. Dans ce cas, il leur faudra adapter ces législations à l'Acte Uniforme qui même s'il ne constitue pas un traité, n'en constitue pas moins un acte juridique, supranational auquel ne saurait déroger le droit international d'un Etat membres.

773. En dehors du champ territorial OHADA, en 1997, la cour d'appel du Caire, à travers un arrêt¹¹⁰², s'est prononcée sur le problème. C'était à propos de contrat conclu le 10 novembre 1993 entre l'Organisme des Antiquités et la Société Anglaise G. Silver Night Company. Le contrat ayant pour objet de réaliser des travaux dans la zone extérieure du Musée de Nubie à Assouan, les deux parties, par l'intermédiaire d'une clause d'arbitrage, ont décidé de soumettre les litiges à naître de l'exécution du contrat au Centre Régional du Caire pour l'arbitrage commercial international. L'arbitrage a eu lieu en Egypte et dévolu à la

¹¹⁰⁰ Certains y voient un principe général international du droit de l'arbitrage. Voir à ce propos C.REYMOND, Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage. In les Etats et l'arbitrage international.

¹¹⁰¹ Maurice KAMTO, La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage, in l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement, Vol I, Bruylant-Bruxelles, 2000, p. 91 et S.

¹¹⁰² Cour d'Appel de Caire, 19 mars 1997 n°2 pp.283 et S. note Ph. LEBOULANGER.

compétence de la juridiction égyptienne en s'appuyant sur les articles 1, 2, 33, 9 et 54 de la Loi sur l'arbitrage en matière civile et commerciale. A la suite du refus de l'Organisation des Antiquités de régler les sommes dues à la société anglaise, celle-ci a engagé une procédure arbitrale devant le Centre Régional d'Arbitrage Commercial. Le tribunal arbitral a condamné l'Organisme des Antiquités en l'obligeant à régler les comptes dus à la société anglaise et à payer les intérêts résultant du retard dans l'exécution de ses obligations. Pour voir annuler la sentence, l'Organisme des Antiquités a déposé un recours en annulation devant la Cour d'Appel du Caire en application des articles 52, 53 et 54 de la Loi n°27 de 1994 sur l'arbitrage. Dans son acte introductif d'instance, l'Organisme des Antiquités a demandé le recevabilité en la forme de la sentence arbitrale, son annulation avec la reconnaissance de toutes les compétences de droit et la condamnation de la société anglaise aux dépens et aux honoraires d'avocat. L'Organisme des Antiquités a fondé ses conclusions sur deux griefs. Pour lui, la sentence arbitrale s'est prononcée sur des questions qui n'entrent pas dans le champ de la convention de l'arbitrage, par conséquent, l'arbitre a dépassé les limites de cette convention. La sentence arbitrale l'a obligé à payer des intérêts légaux à cause de son retard dans l'exécution de ses obligations, alors que ces intérêts ne faisaient l'objet d'aucune demande de la part de la société anglaise. Le retour dans le paiement des montants demandés est dû au non-respect des spécifications contractuelles par la société anglaise, et ces montants ne sont pas fixés lors du dépôt de la requête de l'arbitrage.

774. Le deuxième grief qui nous intéresse dans cette affaire est la nullité de la clause d'arbitrage résultant du caractère administratif du litige. Donc il est interdit de soumettre les litiges résultant de ce contrat à l'arbitrage pour deux raisons. La première est que l'article 10 de la Loi n°47 de 1972 concernant le Conseil d'Etat dispose que ce dernier est exclusivement compétent pour connaître des litiges se rapportant aux contrats de travaux publics, de fournitures ou à tout autre contrat administratif. La deuxième raison est que l'article 11 de la Loi n°27 de 1994 prévoit que l'arbitrage n'est pas autorisé dans les matières dans lesquelles il n'est pas permis de compromettre. La société anglaise a contesté les conclusions de l'Organisme des Antiquités.

La Cour d'Appel a rejeté la demande de nullité de la sentence arbitrale sur le fondement des motifs ci-après :

- le sens de l'article premier de la Loi n°27 de 1994 est explicite en ce qui concerne la possibilité de compromettre pour les personnes de droit public, abstraction faite de la nature juridique de la relation sur laquelle porte l'arbitrage. Le législateur a donc

levé le doute sur la question de savoir si les litiges nés de certains contrats peuvent être soumis à l'arbitrage en cas où l'une des parties serait une personne de droit public.

- Il n'est pas concevable d'invoquer l'article 10 de la Loi n°47 de 1972 sur le Conseil de l'Etat, car cet article détermine la limite de la compétence entre la juridiction judiciaire et celle d'ordre administratif. Il n'exclut donc pas le recours à l'arbitrage en matière de contrats administratifs.
- L'article 172 de la Constitution égyptienne dispose que « le Conseil d'Etat est un organe juridictionnel indépendant. Il est chargé de statuer sur les différends administratifs et les affaires disciplinaires... », ne peut être invoqué pour écarter ou soutenir l'interdiction du recours à l'arbitrage en matière de contrats administratifs.
- Enfin, le contrat faisant l'objet du litige a été examiné le 30 octobre

1993 par le second Comité du Département des Avis et de la législation du Conseil d'Etat qui l'a apprécié en fonction de la notification n°560 en date du 25 Octobre 1993, même si le contrat comportant une clause compromissoire. La Cour d'Appel, en se prononçant sur la possibilité de recourir à l'arbitrage en matière de contrats administratifs, a adopté une position qui va incontestablement dans l'intérêt des pays en voie de développement.

En outre, la solution donnée par la Cour d'Appel du Caire est parfaitement en conformité avec les lois égyptiennes de l'arbitrage, de l'adjudication et de l'investissement. L'article 2 de la Loi n°27 de 1994 sur l'arbitrage a énuméré les contrats pouvant être soumis à l'arbitrage international, dont figurent les contrats de construction, les contrats de développement, d'exploitation des ressources naturelles, de fournitures d'énergie, de construction de contrats appartiennent à la catégorie des contrats administratifs¹¹⁰³.

775. Le recours à l'arbitrage dans le domaine des contrats administratifs ne saurait constituer une menace contre les intérêts de l'Etat. Les arbitres sont tenus d'appliquer le droit choisi par les parties au fond, et doivent faire preuve de la même diligence que les juges étatiques¹¹⁰⁴. On note donc que le Conseil d'Etat interdit l'arbitrabilité objective et, permet l'arbitrabilité subjective, c'est-à-dire qu'il n'autorise l'arbitrabilité dans le domaine des contrats administratifs qu'en fonction d'une autorisation préalable d'une loi ou d'une autorité

¹¹⁰³ Ph. LEBOULANGER, note précitée, Rev.arb. 1997 p.292.

¹¹⁰⁴ A : S. EL KOSHERI, Egypte in international Handbook on Commercial Arbitration pp.16 et S. Cité par Ph. LEBOULANGER, son commentaire sur l'arrêt de la Cour d'Appel du Caire rendu le 19 mars 1994. Rev.arb.1997 n°2 p.290.

administrative compétente. Elle donne, de ce fait, la possibilité aux personnes morales de droit public de compromettre si elles sont parties au contrat de droit privé.

Cet avis risque, toutefois, d'avoir des conséquences fâcheuses sur l'investissement étranger en Egypte. Il constitue un grand obstacle pour la stimulation des investissements surtout dans le domaine de l'infrastructure qui a besoin de considérables capitaux et d'une technologie complexe en possession des sociétés étrangères. Celles-ci n'acceptent pas de conclure des contrats ne comportant pas une clause compromissoire pour résoudre les litiges surgissant lors de leur exécution.

776. En réalité, il manque à cet avis un fondement juridique car les lois égyptiennes organisant les investissements, les adjudications et l'arbitrage permettent le recours à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges tant des contrats privés qu'administratifs, abstraction faite de la qualité des parties ou de l'objet du contrat. L'article premier de la loi sur l'arbitrage stipule expressément que les dispositions de cette loi sont applicables à tout contrat entre parties, personnes de droit public ou de droit privé, quelle qu'ait été la nature de la relation juridique, à propos de laquelle est né le litige.

777. A notre avis, cet article présente la double arbitrabilité, subjective, personnes de droit public ou de droit privé et, objective, quelle que soit la nature juridique de la relation administrative ou privée. Pour mettre fin à la polémique de l'arbitrabilité, des contrats administratifs, le législateur égyptien a promulgué la Loi n°9 de 1997 permettant le recours à l'arbitrage en matière de contrats administratifs. Ce recours nécessite une autorisation préalable du ministre compétent ou de l'autorité de tutelle compétente en ce qui concerne les personnes morales de droit public. Il nous semble que le législateur s'est rangé du côté du Conseil d'Etat dans la mesure où le recours à l'arbitrage en matière de contrats administratifs est subordonné à une autorisation préalable. Le consortium responsable de la construction et de l'exploitation du projet CET doit donc, avant la conclusion du contrat, s'assurer de l'existence de l'autorisation du ministre compétent de recourir à l'arbitrage. L'absence de cette autorisation donne à la personne publique ou à l'Etat contractant la possibilité de se soustraire à la clause compromissoire. A l'opposé de M. LEBOULANGER qui estime que cet alinéa pourrait donner lieu à des interprétations divergentes relatives à la forme de l'autorisation, acte séparé ou il faut que le ministre ou l'autorité compétente signe la convention de l'arbitrage, on voit que la nouvelle loi est claire et précise, car elle exige une autorisation préalable du Ministre ou l'autorité compétente. La participation de l'Etat ou d'une personne publique à un arbitrage pose deux questions distinctes, d'une part la capacité -

ou l'aptitude – à s'engager, l'autre par le pouvoir de l'organe ayant prétendu engager l'Etat ou l'entité publique¹¹⁰⁵. Le deuxième problème est certainement une question de pouvoir de représentation. La première question est souvent présentée comme relevant de la capacité.

2°) Le droit comparé

778. Dans le contexte français, la question sera appréhendée aussi au regard du législateur et du juge. Selon l'article 2000 du Code civil, il est interdit aux personnes morales de droit public de recourir à une clause compromissoire ou par un compromis d'arbitrage, à l'arbitrage pour résoudre les litiges nés des contrats auxquels elles sont parties. Cet article stipule qu'« on ne peut compromettre (...) sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières intéressant l'ordre public ». Ce principe a connu des exceptions.

En premier lieu, l'article 2060 al.2 du Code civil a autorisé les établissements publics à caractère industriel et commercial à recourir à l'arbitrage à condition de l'existence d'une autorisation délivrée par décret. En France, certains établissements publics à caractère commercial et industriel comme la Poste et France Télécom, ont reçu l'autorisation de compromettre¹¹⁰⁶.

Ainsi, l'Electricité de France (EDF) a fréquemment recours à l'arbitrage dans le cadre de ses opérations internationales¹¹⁰⁷. En deuxième lieu, l'article 9 de la loi du 19 Août 1986 a autorisé l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics à souscrire des clauses compromissoires à propos des contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères relatifs à la réalisation d'opérations d'intérêt national. Cette loi fait suite à l'avis du Conseil d'Etat sur la possibilité de recours à l'arbitrage par insertion d'une clause compromissoire dans le contrat conclu entre la République française, la Région d'Ile-de-France, le département de Seine-et-Marne, un établissement public, d'une part et d'autre part, la société américaine Walt Disney Productions. Hors les deux principales exceptions, il existe un certain nombre de lois spéciales autorisant le recours à l'arbitrage, à certaines catégories

¹¹⁰⁵ P. MEYER, op.cit. 2002. p.99.n°160.

¹¹⁰⁶ Article 28 de la loi n°82-1153 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la Poste et des Télécommunications. Voir PH. FOUCHARD, une nouvelle extension de l'arbitrage en droit public. La faculté de compromettre de la Poste et de France Télécom. Rev.arb.1990. p.945.

¹¹⁰⁷ Didier LAMETHE, Electricité de France et l'aménagement des différends internationaux.Rev.arb.1995 n°4 p.581 et S.

d'établissements publics¹¹⁰⁸. Il en est ainsi de l'article L 431-2 du Code des assurances permettant à la Caisse Centrale de Réassurance, de recourir à l'arbitrage ; l'article 19 de la loi du 15 février autorise les établissements publics administratifs de recherche de compromettre en cas de litiges relatifs à l'exécution de contrats de recherches passés avec des organismes étrangers.

779. L'enseignement que l'on peut tirer de ces textes est que le législateur, contrairement à son homologue égyptien ou de l'OHADA, interdit en règle générale le recours à l'arbitrage pour les établissements et les collectivités publiques avec cependant quelques exceptions se rapportant aux établissements à caractère commercial et industriel et les contrats dont l'objet est la réalisation d'opérations d'intérêt national.

A contrario, les établissements publics français à caractère administratif n'ont donc pas le droit de recourir à l'arbitrage alors qu'en Egypte tous les établissements publics à caractère administratif ou à caractère commercial et industriel ont cette possibilité. Une divergence est à noter au niveau des ordres juridictionnels. En effet, en la matière, le Conseil d'Etat et la cour de cassation n'ont pas le même point de vue¹¹⁰⁹. Le conseil d'Etat estime que les personnes morales de droit public n'ont la possibilité de compromettre qu'à la suite d'une autorisation donnée par une convention internationale ou par une loi. En revanche, la Cour de cassation juge qu'il est possible qu'une personne publique recoure à l'arbitrage en matière internationale, même en l'absence d'une loi ou d'un accord international les y autorisant. (*Arrêt San Carlo, Galakis*).

Après avoir évoqué la quintessence de ces arrêts et avis, nous exprimerons notre point de vue.

780. Par les *arrêts San Carlo et Galakis*¹¹¹⁰, la Cour de Cassation a décidé que les personnes peuvent valablement compromettre en matière internationale dans la mesure où la prohibition de compromettre faite aux personnes morales de droit public, prévu aux articles 83 et 1004 du Code de procédure civile, ne soulève pas une question de capacité au sens de l'article 3 du Code civil. Cette position a été dégagée à l'occasion d'un litige relatif à une charte-partie conclue en 1940 entre les Transports Maritimes de l'Etat et un armateur grec. Cette charte – partie comportant une clause compromissoire stipulant que tout litige qui résulterait du contrat serait soumise à un arbitrage à Londres. Après avoir dénoncé le contrat, l'armateur grec a engagé les procédures arbitrales en application de la clause compromissoire.

¹¹⁰⁸ Yves GAUDMEMET, L'arbitrage. Aspects de droit public. Etat de la question. Rev.arb. 1992 p.248 et S.

¹¹⁰⁹ Gérard TEBoul, Arbitrage international et personnes morales de droit public. Brèves remarques sur quelques aspects du contentieux administratifs. DPCI x 96 n°2 p.200

¹¹¹⁰ Cass.1^{er} civ. 2 Mai 1966, Trésor public c(Galakis. Rev.crit.DIP 1976 p.553 note GOLDMAN ; JDI 1966. p.648 note Level.

Le tribunal arbitral a condamné l'Etat français à payer à Galakis la somme de 11.344Livres. Une ordonnance du Président du tribunal de la Seine a accordé l'exequatur formé par l'agent judiciaire du Trésor, le Tribunal, par jugement du 25 juin 1952, a déclaré nulle la clause compromissoire litigieuse ainsi que la sentence arbitrale. Un pourvoi est formé contre ce jugement devant la Cour d'Appel de Paris qui l'a infirmé par arrêt le 25 Février 1961. Sur pourvoi, la Cour de cassation a écarté la prohibition de compromettre des personnes morales de droit public détruite des articles 1004 et 83 du Code de procédure civile. En montrant la spécificité des besoins du commerce international, elle a affirmé que « la Cour d'Appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette prohibition générale, édictée dans les contrats internes, devrait encore s'appliquer à un contrat international de droit privé, passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime ».

La Cour de cassation avait également eu l'occasion de se prononcer sur la même question à propos de l'*Affaire San Carlo*¹¹¹¹. Cette affaire est relative à une Charte-partie conclue entre l'Office National inter professionnel des Céréales (ONIC) et le Capitaine du navire San Carlo. A la suite d'un litige, l'ONIC a assigné devant le tribunal civil de Marseille ce capitaine en dommages et intérêts, pour avaries subies par une cargaison de maïs provenant d'Ethiopie, et transporté par ce navire à destination de Marseille. En application de la clause compromissoire contenue dans le connaissement (l'article 20), le capitaine du navire San Carlo a excipé de l'incompétence de la juridiction saisie. Cette exception a été acceptée par le Tribunal de Marseille qui ne pouvait pas connaître du litige à cause de l'existence de la clause compromissoire. Ce jugement a fait l'objet d'un appel. La Cour d'Appel d'Aix-en-provence a par un arrêt du 5 mai 1959 admis la validité de la clause compromissoire aux motifs qu'il « serait inopportun d'appliquer aux contrats internationaux l'interdiction faite à l'Etat de compromettre ». La Cour de Cassation a confirmé l'arrêt en décidant que « si la prohibition résultant des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile est d'ordre public interne, elle n'est pas d'ordre public international et ne met pas obstacle à ce qu'un établissement public soumette comme pourrait le faire tout autre contractant, la convention de droit privé qu'il passe de la clause compromissoire, lorsque ce contrat revêt le caractère d'un contrat international ».

781. Il apparaît que les deux arrêts confirment que la prohibition de recourir à l'arbitrage résultant des articles 83 et 1004 ne s'applique qu'aux contrats internes, non aux contrats

¹¹¹¹ Cass.1^{ère} Civ.14 Avril 1964, ONIC C/Capitaine du Navire San Carlo. JDI 1965. p.645. Note GOLDMAN : Bull.civ.I 1964 pp.145 et S.

internationaux. Les résultats de ces deux arrêts sont identiques : l'Etat et les établissements publics ont la possibilité de compromettre en matière internationale. Mais le fondement de ces résultats est différent. Dans l'*affaire Galakis*, la Cour de Cassation fait la distinction entre le contrat international et interne, pour ensuite décider que l'interdiction faite à l'Etat ou aux établissements dérivant des articles 83 et 1004 ne s'applique pas aux contrats internationaux « passés pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international ». Au contraire, dans l'affaire San Carlo, la Cour estime que la question de compromettre ou non dépend de la loi du contrat. Elle a approuvé la position de la Cour d'Appel d'avoir « estimé que cette question relevait de la loi du contrat et non de la loi personnelle des parties contractantes ». La position du juge peut être, enfin, appréhendée à travers la jurisprudence administrative ; notamment par l'avis significatif du Conseil d'Etat du 6 mars 1986 (*Eurodisney Land*)¹¹¹². En effet, par une demande formulée par le Ministre d'Etat chargé du Plan et de l'Aménagement du Territoire le conseil d'Etat a été saisi pour se prononcer sur la possibilité de recours à l'arbitrage pour résoudre les litiges résultant du contrat passé entre la République française, la Région d'Ile-de-France, le département de Seine-et-Marne et la société américaine Walt Disney Production en vue de l'aménagement d'un parc de loisirs à Marne-La-Vallée.

Après avoir examiné les principes généraux du droit public français, les dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du Code civil français qui prévoit l'arbitrabilité des litiges déjà nés, et l'article 2061 qui traite celle des litiges éventuels, l'alinéa 2 de l'article 2060 du Code Civil permettant aux établissements publics à caractère industriel et commercial de compromettre qui ne s'applique qu'au compromis relatif à un litige né et n'autorisant pas pour autant la clause compromissoire, la section des Travaux Publics a fini par affirmer que le contrat Eurodisney land « relève de l'ordre juridique interne français et n'entre pas dans le champ d'application d'aucune disposition législative autorisant exceptionnellement le recours à la clause compromissoire ». Le Conseil d'Etat a estimé que ce contrat, selon la jurisprudence de la Cour de Cassation ne constitue pas « un contrat international conformes aux usages du commerce ». D'ailleurs, toujours selon le Conseil d'Etat, la ratification par la France de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats n'a aucun effet ou conséquence sur le principe de la prohibition de compromettre. Cette convention s'en tient à organiser les

¹¹¹² Avis du Conseil d'Etat du 6 Mars 1986. *Eurodisney Land*, Rev.arb.1992 p.397, Jacques RIBS, Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français. JCP. 1990 .I.3465.

modalités de règlement de litiges que les parties à un différend ont décidé de soumettre au CIRDI. Cette convention, selon le Conseil d'Etat, n'oblige pas l'Etat à recourir à l'arbitrage. En conséquence, le Conseil d'Etat a considéré que le projet de contrat ne peut valablement contenir une clause compromissoire qui serait alors entachée d'une nullité d'ordre public.

783. Nous notons que le Conseil d'Etat a écarté les deux possibilités par lesquelles il aurait été possible d'insérer une clause compromissoire dans ce contrat. La première possibilité est de recourir à la jurisprudence de la Cour de Cassation en reconnaissant au contrat un caractère international. La deuxième consiste à considérer le contrat comme ayant les caractéristiques d'un contrat d'investissement au sens de la Convention de Washington par référence au Règlement du CIRDI¹¹¹³. L'avis du Conseil d'Etat subordonnant la validité de la clause compromissoire en matière de commerce international à l'existence d'une loi ou d'une convention internationale, permet aux personnes publiques de se soustraire à leurs engagements qu'elles ont souscrits auprès des entreprises privées qui de bonne foi, ont cru à la validité de la clause compromissoire¹¹¹⁴. Cet avis est contraire à l'esprit des lois nationales et des conventions internationales admettant le recours à l'arbitrage pour les personnes publiques. En ce qui concerne les lois nationales, « dans un grand nombre de pays, la loi, ou plus souvent dans le silence de la loi, la jurisprudence et la doctrine, posent en principe que l'Etat peut conclure des conventions d'arbitrage¹¹¹⁵ ». On peut citer ici certains pays qui ont adopté des lois favorables au recours des personnes morales de droit public à l'arbitrage international : la Suisse¹¹¹⁶, l'Egypte¹¹¹⁷, la Tunisie¹¹¹⁸, l'Algérie¹¹¹⁹, la Libye¹¹²⁰, etc.

784. Pour les conventions internationales, la Convention européenne sur l'Arbitrage commercial international du 21 avril 1961 en son article 2 prévoit que « les personnes morales... de droit public ont la faculté de conclure valablement les conventions

¹¹¹³ Mathieu de BOISSESON, Interrogations et doutes sur une obligation législative : L'article S de la loi du 19 Août 1987, pp b et S.

¹¹¹⁴ Gérard TEBOUL, op.cit.DPCI, 1996 p.204.

¹¹¹⁵ René DAVID, op.cit. 1982 p.242. on peut si

¹¹¹⁶ L'article 177.2 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé empêche l'Etat ou une entreprise publique de ne pas invoquer sur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage.

¹¹¹⁷ La Loi n°27 de 1994 sur l'arbitrage en matière commerciale et civile.

¹¹¹⁸ Loi n°93-42 du 26 avril portant promulgation du Code de l'arbitrage Rev.arb.1993 p.273.

¹¹¹⁹ L'article 1^{er} du Décret Législatif n°93-09 du 25 avril 1993. Cet article est identique à la Jurisprudence de la Cour de Cassation française.

¹¹²⁰ Le législateur libyen permet le recours à l'arbitrage pour les personnes morales de droit public lorsque deux conditions sont réunies : l'existence d'un cas de nécessité imposant le recours à l'arbitrage, et le contrat comportant la clause compromissoire doit être conclu avec une société ou un établissement étranger (l'article 99 du règlement sur les contrats administratifs) voir à ce propos. Moustapha El ALEM, L'arbitrage dans les litiges relatifs aux contrats administratif libyens Rev.arb.1983 n°3, 304 et 305.

d'arbitrage ». Le préambule de cette Convention incite les Etats à « écarter dans la mesure du possible, certaines difficultés susceptibles d'entraver l'organisation et le fonctionnement de l'arbitrage commercial international, dans les relations entre personnes physiques et morales de pays différents de l'Europe ».

785. La notion de l'investissement à l'image de la Convention du CIRDI qui recouvre les contrats de concession, de développement économique, de prestations de service pourrait s'étendre au contrat d'Eurodisney land qui semble correspondre à cette notion¹¹²¹. Selon cette Convention, les entreprises publiques pourraient insérer dans leurs contrats internationaux une clause compromissoire sans se référer à une loi leur donnant l'autorisation. Il nous, enfin, que les juridictions administratives ont adopté la position d'interdiction faite à l'Etat et aux personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage international.

Sous paragraphe II : La multiplicité des contrats et des litiges

786. La réalisation de projets internationaux de construction et d'exploitation selon la technique CET donne lieu à la conclusion d'un certain nombre de contrats. L'opération nécessite l'intervention de plusieurs parties. Dans ce cas, une série de questions peuvent être posée. Est-ce qu'il est préférable d'organiser en même temps plusieurs arbitrages pour résoudre les litiges nés de l'exécution de ces contrats en assumant le risque d'avoir des sentences arbitrales contradictoires ? Des parties peuvent-elles insérer dans tous les contrats une seule clause d'arbitrage bénéficiant le consentement de toutes ? En plus, selon la théorie de l'effet relatif du contrat, si la clause compromissoire n'engage que les parties qui l'ont signé, la partie qui n'a pas signé le contrat comportant la clause compromissoire pourrait-elle intervenir dans l'instance arbitrale ont-elles la possibilité d'opposer la clause compromissoire à un tiers qui ne l'a pas signé ?

A- La clause d'arbitrage multipartite

787. L'arbitrage est multipartite lorsque la procédure met en cause plus de deux parties à un arbitrage unique¹¹²². Cet arbitrage peut être institutionnel lorsque plus de deux parties

¹¹²¹ Malhieu de BOISSESON, op.cit. Rév. Arb. 1987 pp.12 et S.

¹¹²² Jean -Louis DELVOLLE, L'arbitrage et le tiers : les solutions contractuelles. La clause d'arbitrage multipartite. Rev.arb. 1988 p.501.

conviennent de recourir à une institution d'arbitrage¹¹²³. En raison de la diversité des activités dans le cadre du financement du projet CET (Construction, exploitation, entretien, transfert projet etc.) et du souci de répondre aux exigences du contrat de concession ou Accord de projet comme accord multipartite, les parties doivent conclure une clause compromissoire multipartite. Une telle clause accorde la possibilité d'inviter une partie à intervenir dans une procédure arbitrale d'intervenir à sa propre initiative. Il facilite le règlement uniforme des conflits qui affectent plus de deux parties du projet. De ce fait, il évite aux parties à un conflit certains le *res judicata*¹¹²⁴. Ainsi, l'intérêt de l'arbitrage multipartite dans le contexte du financement du projet CET est d'éviter d'avoir des décisions contradictoires¹¹²⁵. Il a pour objet de constituer un seul tribunal arbitral qui statue sur tout litige né de l'exécution des contrats concourant à la réalisation du projet. Encore, la constitution d'un seul tribunal arbitral est moins coûteuse et plus rapide que la mise en place de plusieurs tribunaux arbitraux¹¹²⁶. Malgré ces avantages, le déroulement de l'arbitrage multipartite sera lourd et difficile à administrer en cas de présence d'intérêts divergents entre les parties¹¹²⁷. La facilité pour la constitution du tribunal arbitral et pour l'organisation des procédures dans l'arbitrage classique où sont présents un seul défendeur, fait défaut en ce qui concerne l'arbitrage multipartite. Les parties du projet en BOT ne peuvent pas recourir à l'arbitrage multipartite qu'après avoir conclu une convention d'arbitrage multilatérale.

788. L'arbitrage multipartite, comme le modèle classique se fonde sur le consentement réciproque des parties. Selon la Cour d'Appel de Paris, « la soumission d'un litige à un tribunal arbitral unique ne peut résulter que d'une volonté commune des parties expresse ou tacite¹¹²⁸ ». De ce fait, la cession fréquente du contrat take or pay pour la société de projet en faveur des pêcheurs et l'éventuelle substitution des pêcheurs ou l'autorité concédante à la société de projet, peuvent rendre difficile l'utilisation de la clause d'arbitrage multipartite. Le changement de l'identité de l'état, ou de la qualité pour agir des parties constitue une difficulté pour l'usage de ce type d'arbitrage¹¹²⁹.

¹¹²³ Roger Philippe BUDIN, Les clauses arbitrales internationales bipartites, multi-partites et spéciales de l'arbitrage ad hoc et institutionnel. Clauses modèles ; éd Payot. Lausanne 1993, pp.68 et 93-

¹¹²⁴ George VERVENCOTIS, The concession agreement. (BOT) Législation. Recent development, ICLR part t. 1994 p.61.

¹¹²⁵ Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Bertold GOLDMAN, op.cit. t996 P

¹¹²⁶ Parayotis GLAVINIS, op.cit. 1993 p.502.

¹¹²⁷ Idem.p.503.

¹¹²⁸ Cour d'Appel Paris 1^{ère} Ch. Suppl. 5 Mai 1989, Société BKMI industries Lagets et Siemens C/Dutco Construction, Rev.arb.1989 p.723. note Pierre Bellot.

¹¹²⁹ J.L. DELVOLLE, op.cit. 1982 p.502.

789. Le recours à l'arbitrage multipartite exige l'existence d'une convention d'arbitrage signée par les parties intervenant dans l'exécution du projet CET et la survenance d'un litige. Cette convention peut se présenter sous la forme de différentes clauses concordantes insérées dans les différents contrats du projet CET ou d'un accord indépendant d'arbitrage multipartite après la croissance du litige. Cette dernière forme a pour avantage d'éviter les contradictions entre les nombreuses clauses distinctes, insérées dans les différents contrats¹¹³⁰, surtout en ce qui concerne le siège de l'arbitrage, la loi applicable au fond du litige. Dans l'affaire SOFIDIF, les difficultés de la mise en œuvre de la procédure arbitrale, proviennent du fait que les trois conventions, passées entre des personnes morales différentes, contiennent des clauses compromissaires différentes et non articulées entre elles¹¹³¹. Outre cette condition imposée par la clause type proposée par la CCI, cette clause exige également la survenance d'un litige complexe, telle que doit être stipulée par la convention d'arbitrage multipartite et, mettant en cause plus de deux parties signataires. La clause type de la CCI est rédigée comme suit, « les parties à la présente clause conviennent que : a) si un litige convexe découlant d'un contrat entre parties au présent et une tierce partie, et à condition que ce litige convexe doive être lui-même ou ait été soumis à arbitrage conformément au Règlement de la CCI ; b) et si les parties au dit litige convexe sont elles-mêmes convenues dans leur convention d'arbitrage d'origine ou par convention ultérieure que celui-ci soit tranché définitivement par voie d'arbitrage multipartite de la CCI ; en même temps qu'un litige pouvant découler d'un contrat convexe ; c) et à condition que l'une ou l'autre des parties au présent contrat le demande ou l'accepte également, après avoir eu connaissance dudit litige convexe. Ledit litige et le litige convexe seront tranchés définitivement par le ou les mêmes arbitres qui seront nommés d'un commun accord entre toutes les parties à l'arbitrage ainsi lié ou par la cour d'arbitrage de la CCI conformément aux principes directeurs de l'arbitrage multipartite de la CCI »¹¹³²

Quelle qu'en soit la forme de la convention d'arbitrage multipartite, celle-ci doit comporter les droits suivants : « 1- Droit pour un participant ayant adhéré à la convention (l'adhérent) d'introduire toute action contre tout autre adhérent, alors même que l'un et l'autre ne seraient pas parties au même contrat. 2- Droit pour tout adhérent d'intervenir dans toute procédure d'arbitrage entre deux ou plusieurs autres adhérents, parties ou non au même contrat. 3- Droit pour tout adhérent, défenseur dans une procédure d'arbitrage découlant du projet, de mêler à

¹¹³⁰ Panayotis GLAVINIS, op.cit. 1993 p.505.

¹¹³¹ E.GAILLARD, L'affaire SOFIDIF ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris dn 19 décembre 1986) Rev.arb.n°3 1987. p.276.

¹¹³² Guidelines applicable To CCI Multi-party Arbitration. Documentation n°420.-/ 276.

la procédure un ou plusieurs autres adhérents. 4- Droit pour un adhérent d'obtenir la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence à l'égard de tous les adhérents y compris ceux qui n'auraient pas été mêlés à la procédure d'arbitrage, sous réserve toutefois que ces derniers aient été dûment invités à y participer¹¹³³ ».

B- La clause d'arbitrage multipartite dans le cadre du projet CET

790. Puisque l'exécution du projet CET s'effectue par un consortium qui, en vue de construire le projet, conclut un seul contrat ou des contrats séparés avec un autre consortium d'entreprises qui peut, à son tour, passer des contrats de sous-traitances, l'étude de la clause d'arbitrage multipartite doit ainsi être envisagée en cas de litiges entre les membres même de ce consortium entre ceux-ci et l'autorité concédante, et en cas de contrats séparés et de sous-traitance.

1- La clause d'arbitrage multipartite en présence d'un consortium

791. Il faut, absolument distinguer les litiges entre maître de l'ouvrage et les consortiums et ceux internes au consortium. D'abord, il est nécessaire de préciser qu'il y a deux types de consortiums : consortium horizontal et consortium vertical.

792. Dans le consortium horizontal, toutes les entreprises membres signent le contrat CET avec l'autorité concédante. Elles sont toutes tenues solidairement vis-à-vis de celle-ci. Par conséquent, la sentence arbitrale rendue soit contre tous les membres du consortium, soit contre l'un d'entre eux, sera opposable à tous. Chaque entreprise sera ainsi obligée à l'exécuter. Le litige entre l'autorité concédante et un consortium horizontal ne suscite pas le problème de nomination de l'arbitre. Toutes les entreprises membres sont tenues de nommer un seul arbitre. Cet arbitrage n'est pas censé être un arbitrage multipartite parce qu'il se déroule selon le schéma bipartite classique ; le maître de l'ouvrage d'un côté, le consortium de l'autre¹¹³⁴.

793. En présence d'un consortium vertical, l'autorité concédante signe le contrat CET avec une seule entreprise qui prend en charge ultérieurement la constitution du consortium. Dans

¹¹³³ Guide de l'arbitrage multipartite selon le règlement de la Cour d'arbitrage de la CCI. Publication CCI 1982. n°404 p.9.

¹¹³⁴ Guide de l'arbitrage multipartite CCI précité – n°404 p.6.

cette hypothèse, l'autorité concédante ne reconnaît qu'une seule entreprise. Donc, il est difficile d'imaginer l'existence d'un arbitrage multipartite parce qu'il manque une condition nécessaire pour pouvoir considérer cet arbitrage comme tel, c'est la pluralité des parties. Au contraire, l'arbitrage multipartite pourrait être envisagé si l'entreprise signant le contrat avec l'autorité concédante a réussi à obtenir le consentement de celle-ci pour associer les autres membres du consortium dans les procédures arbitrales. Les autres membres du consortium non signataires du contrat seront assimilés à des sous-traitants auxquels l'entreprise chef de file tentera d'opposer la sentence arbitrale¹¹³⁵. A ce niveau, M. DUBISSON¹¹³⁶, nous révèle une clause pouvant être insérée dans un contrat de construction par laquelle le maître dans un contrat de construction par laquelle le maître de l'ouvrage accepte qu'une partie à l'accord du groupement non partie au marché participe à l'arbitrage prévu par ce dernier : « il est expressément convenu que si litige soumis à l'arbitrage, en application de la présente clause, concerne on peut concerner une partie du marché dont l'exécution a été confié par A (partie au marché et à l'accord de groupement) à B (autre partie à l'accord de groupement et sous-traitant vis-à-vis du client). Le tribunal arbitral sera compétent pour statuer par une seule et même sentence sur le litige principal et sur une éventuelle action récursoire intentée par A contre B ». Cette clause a été reproduite par la Convention de groupement qui ajoute : l'arbitre devant être nommé par A, conformément à la procédure instituée par les dispositions du marché serait désigné d'un commun accord. A défaut d'accord sur cette désignation dans un délai de 10 jours, A serait en droit, s'il désirait rendre opposable à B la sentence arbitrale à intervenir, de faire désigner l'arbitre commun par le Président de la Cour d'arbitrage de la CCI ». Dans ce cas, la sentence arbitrale rendue dans l'instance principale sera opposable aux autres membres du consortium.

794. Pour les litiges internes au consortium, la question qui se pose est de savoir si le tribunal arbitral, après avoir obligé le consortium à indemniser le maître de l'ouvrage, peut statuer sur les litiges survenus entre les membres du consortium ?

La réponse est positive, mais à condition que les membres du consortium réussissent à avoir le consentement du maître de l'ouvrage. En effet, il sera difficile d'obtenir ce consentement, car l'introduction des membres du consortium à l'instance principale aura pour effet de retarder le règlement de celle-ci¹¹³⁷. Le consentement du maître de l'ouvrage donne lieu alors à un arbitrage un arbitrage multipartite. Dans cette hypothèse, la constitution du tribunal

¹¹³⁵ Idem .p.511.

¹¹³⁶ Michel DUBISSON, op.cit. 1985 p.348.

¹¹³⁷ P. GLAVINIS, op.cit. 1993 p.311.

arbitral sera difficile parce que les intérêts des membres du consortium, soit en qualité de défenderesses, soit en qualité de demanderesses, risquent de diverger.

795. La jurisprudence française avait l'occasion de se prononcer sur ce problème. C'était à propos de l'exécution d'un contrat clé en mains pour la construction d'une cimenterie en faveur de la société Raysut Cement Corporation en Sultanat d'Oman. *Un consortium a été établi entre la société DUTCO Construction Co Ltd (Dubai, Emirats Arabes Unis) et les sociétés B.K.M.I et Siemens A.G République Fédérale d'Allemagne. En leur qualité de chef de file, les sociétés BKMI ont conclu seules le contrat avec le maître de l'ouvrage. La société DUTCO, qui a invoqué à l'égard de ses partenaires BKMI et Siemens diverses défaillances dans l'exécution de leurs obligations contractuelles, a présenté le 17 décembre 1986 une demande d'arbitrage insérée dans l'accord du consortium, en formulant des demandes pécuniaires distinctes à l'égard de la société BKME et de la société Siemens. Celles-ci ont contesté la procédure ainsi engagée et la compétence du tribunal arbitral, en soutenant que la société DUTCO aurait dû entamer deux procédures arbitrales distinctes à l'égard de chacune d'elles. Le tribunal a été constitué de trois arbitres, un désigné par le demandeur DUTCO, un autre désigné conjointement par les deux sociétés défenderesses avec protestations et réserves.*

La Cour d'arbitrage de la CCI, tout en restant fidèle à son règlement auquel se référait la clause compromissoire, a désigné le président du tribunal arbitral. Les sociétés BKMI et Siemens soutenaient que les prétentions de DUTCO contre elles étaient distinctes et sans lien de connexité, ni demande de condamnation solidaire et, que la volonté expresse, tacite ou implicite des parties de se soumettre à un arbitrage multipartite qui les prive de leur propre arbitre, ne peut résulter ni des conventions (clause compromissoire – accord ou « esprit » de consortium), ni des règles de la CCI – sur recours en annulation fondé sur les dispositions de l'article 1502 – 2 du NCPC et formé contre la sentence arbitrale, la Cour d'Appel de Paris¹¹³⁸ a confirmé la sentence arbitrale. « Considérant que cette convention intégrée dans l'accord liant les trois sociétés dans un consortium, exprime sans ambiguïté la volonté commune des parties à un même contrat, de soumettre à un tribunal arbitral de trois arbitres « tous différends » résultant de leur accord, d'où il se déduit nécessairement, du fait de la nature multipartite du contrat lui-même, avec l'éventualité prévisible de voir un tribunal arbitral unique composé de trois arbitres statuer sur un litige opposant les trois parties, avec

¹¹³⁸ C.A. Paris 1^{er} Ch. 5 Mai 1989. La Société BRMI C/Siemens contre DUTCO Constructions, Rev.arb.1989 p.723. note Pierre Bellet, JDI 1992 n°3 note Charles JARROSSON.

les aménagements qu'une telle situation impose quant au choix des arbitres par les parties et à l'organisation de la procédure » ; « Considérant que le principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral n'a pas été méconnu en l'espèce dès lors que la clause d'arbitrage, telle que convenue entre les parties ayant des intérêts communs, autorisait la liaison entre elles d'un contentieux unique et pouvait placer deux d'entre elles dans l'obligation de choisir un seul arbitre ayant leur confiance mutuelle ... » Sur un pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, la Cour de Cassation a cassé l'arrêt au motif que le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres qui est d'ordre public et auquel on ne peut pas renoncer qu'après la naissance du litige, n'a pas été respecté¹¹³⁹.

Les deux cours se sont prononcées sur la même question : est-ce que les parties ont le droit de renoncer au principe de l'égalité dans la désignation des arbitres ? Les réponses étaient différentes.

La Cour d'Appel a répondu favorablement en se basant non seulement sur la clause compromissoire insérée dans l'accord de consortium mais aussi, sur la convention dans son ensemble, surtout sur la spécificité d'une convention de groupement. Alors que la Cour de Cassation a répondu de façon négative en décidant que la renonciation en peut intervenir qu'après la naissance du litige¹¹⁴⁰.

795. A notre avis, la Cour d'Appel de Paris a tout à fait raison car, comme l'indique la Société DUTCO, la volonté explicite des parties de se soumettre à un arbitrage multipartite résultant de la clause compromissoire, signée par les trois parties à un même contrat est claire et, autorise une telle procédure. En revanche, la solution adaptée par la Cour de cassation met en cause l'arbitrage multipartite en général. La nullité « tirée par les juges de cassation de la prétendue renonciation anticipée est (...) regrettable. Elle nous rappelle les avatars de la clause compromissoire au cours du XIXe siècle et le regard apporté de ce fait en France au développement de l'arbitrage ». En effet, la pluralité des adversaires dans la relation contractuelle ne signifie toujours pas la présence d'une pluralité de parties. Pouvant être considérées comme une seule partie, il n'y aura pas d'inégalité si les parties ont convenu à désigner un seul arbitre¹¹⁴¹. Il ne fait pas que la Cour de Cassation généralise sa solution, mais elle doit chercher des solutions appropriées à chaque cas, tout en tenant compte des divergences entre les intérêts des parties. Il est concevable d'organiser des arbitrages parallèles en accommodant les procédures par le choix du même président du tribunal arbitral,

¹¹³⁹ Cass t^{3e} civ. 7 janvier 1992, Rev.-arb. 1992 p.470 note Pierre BELLET, JD1 n°3 note Charles JARROSSON.

¹¹⁴⁰ Pierre BELLET, note précitée, Rev.arb.1992 p.470.

¹¹⁴¹ Idem, p.479.

de tenter la constitution d'un seul tribunal arbitral en empêchant les parties de désigner du côté de la demande et de la défense ou désigner un arbitre commun à plusieurs parties et de désigner un arbitre unique. En prenant en considération l'arrêt DUTCO, l'article 10.1 du nouveau règlement de la CCI entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988¹¹⁴² établit un principe d'après lequel en cas de pluralité de demandeurs ou de défenseurs, ils sont tenus de désigner conjointement un co-arbitre. A défaut d'une désignation conjointe et de tout autre accord entre les parties sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la Cour a la possibilité de nommer les trois arbitres au nom des demandeurs ou des défenseurs qui n'ont pas désigné conjointement un co-arbitre.

2- La clause d'arbitrage multipartite en cas de contrats séparés

795. Il faut distinguer, dans ce cas, deux types de litiges : le litige principal opposant la société de projet à l'entrepreneur et le litige opposant la société de projet à un tiers¹¹⁴³. Lorsque le litige oppose la société de projet à l'entrepreneur, la question qui se pose est la suivante : quel est le tiers qui doit intervenir dans ce litige ?

La réponse est contenue dans la clause insérée dans l'un des contrats de construction d'Euro Disneyland. L'interprétation de cette clause révèle que le tiers peut être l'ingénieur ou le représentant du maître de l'ouvrage selon les Conditions du Silver Book et de l'un des autres entrepreneurs séparés : « dans le cas d'un arbitrage intenté par l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage aura le droit d'adjoindre tout tiers comme partie à cet arbitrage à condition que ce tiers ont signé un contrat avec le maître de l'ouvrage relatif au projet, permettant une telle jonction sur demande du maître de l'ouvrage, et à la désignation des arbitres conformément aux dispositions présentes¹¹⁴⁴ ». Quand la société de projet se voit reconnaître le droit de faire intervenir un tiers dans l'instance l'opposant à l'entrepreneur, il devient intéressant de distinguer selon que le maître de l'ouvrage est défendeur ou demandeur. Dans le premier cas, une personne a causé préjudice à l'entrepreneur. Celui-ci se retourne contre le maître de l'ouvrage pour séparer le préjudice. La société de projet cherche, à son tour, à se faire indemniser par le vrai responsable du préjudice conformément à la clause susmentionnée, la société de projet pourrait faire intervenir dans l'instance principale l'ingénieur ou un autre entrepreneur séparé. Cela dans le but de leur rendre opposable la sentence arbitrale.

¹¹⁴² Jean-Claude DUBARRY et Eric LOQUIN, note sous Cass.civ. 7 janvier 1952 RTD com 1992 pp.796 et S

¹¹⁴³ Panayotis GLAVINIS, op.cit. 1993 pp.505 et S.

¹¹⁴⁴ Panayotis GLAVINIS, op.cit. 1993 p.506.

L'intervention de l'ingénieur ou d'un autre entrepreneur séparé décidée par la société de projet, nécessite le consentement de l'entrepreneur. Dans cette hypothèse, on a deux demandeurs et deux défendeurs : les demandeurs sont l'entrepreneur et la société de projet, les défendeurs sont la société de projet et l'ingénieur. La société de projet est demanderesse vis-à-vis de l'ingénieur ou d'un autre entrepreneur séparé ; et défendeur vis-à-vis de l'entrepreneur. Dans le deuxième cas où la société de projet est demanderesse dans l'instance principale, un préjudice lui a été causé par l'entrepreneur. La société de projet se retourne contre l'entrepreneur pour être indemnisée. Si les contrats en cause sont séparés, il est concevable que l'entrepreneur ne soit pas seul responsable ou ne soit responsable qu'une partie des dommages causés à la société de projet. Là, l'entrepreneur pourrait faire intervenir, dans l'instance l'opposant à la société concessionnaire les autres responsables du préjudice subi par celle-ci. Les autres responsables peuvent être l'ingénieur ou un autre entrepreneur séparé. Dans ce cas, on sera devant un arbitrage multipartite : il y a la société de projet en sa qualité de demanderesse d'un côté, et de l'autre deux ou plusieurs codéfendeurs qui n'ont pas les mêmes intérêts, et qui cherchent chacune à limiter sa responsabilité auprès de la société de projet. En outre, quant le litige oppose la société de projet à un tiers, le tiers ici peut être l'ingénieur ou un entrepreneur séparé autre que l'entrepreneur figurant dans le contrat de construction conclu avec la société de projet. La clause suivante illustre ce cas : « En cas d'arbitrage intenté contre le maître de l'ouvrage par un tiers en application d'un contrat avec le maître de l'ouvrage relatif au projet, si un tel contrat permet au maître de l'ouvrage d'adjoindre d'autres parties à cet ouvrage ou si le tiers consent à une telle jonction ou dans le cas d'un arbitrage intenté par le maître de l'ouvrage contre un tiers en application d'un tel contrat, le maître de l'ouvrage aura le droit d'adjoindre l'entrepreneur comme partie à cet arbitrage en déposant auprès de la CCI la requête en arbitrage du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur requérant expressément une telle jonction à l'arbitrage entre le tiers et le maître de l'ouvrage (avec copie de cette requête à ce ou ces tiers)... L'entrepreneur consent expressément, par les présentes, à de telles jonctions sur demande du maître de l'ouvrage et à la désignation des arbitres selon les dispositions des présentes¹¹⁴⁵ ». A ce stade, l'instance principale oppose la société de projet à un tiers. La première a le droit de faire intervenir l'entrepreneur dans cette instance. Si la société de projet est défenderesse, elle aura le droit de faire intervenir l'entrepreneur défaillant dans la mesure où dans les contrats séparés, la société de projet est, en cas de défaillance de l'entrepreneur, responsable à l'égard des autres

¹¹⁴⁵ Cité par P. GLAVINIS, op.cit. 1993 p.507.

entrepreneurs séparés. L'intervention de l'entrepreneur défaillant dans l'instance opposant la société de projet à un tiers lui rend la sentence arbitrale opposable. Là, la société de projet a deux qualités, défenderesse vis-à-vis du tiers, demanderesse vis-à-vis de l'entrepreneur défaillant. Au contraire, si la société concessionnaire est demanderesse, le défendeur, l'ingénieur ou autre entrepreneur séparé, peut, après le consentement de la société de projet, faire intervenir l'entrepreneur responsable en partie du dommage subi par la société de projet. Devant une telle situation, la société concessionnaire est demanderesse d'un côté, et l'ingénieur, l'entrepreneur responsable et l'entrepreneur séparé sont défendeurs de l'autre côté.

3°) La clause d'arbitrage multipartite en cas de sous-traitance

796. Il convient à ce niveau également de distinguer entre le litige opposant l'entrepreneur au sous-traitant, de celui opposant le sous-traitant à la société de projet.

Dans le premier cas, la société de projet met en cause la responsabilité de l'entrepreneur principal à cause de la mauvaise exécution des travaux. Dans cette hypothèse, l'entrepreneur a un intérêt à faire intervenir le sous-traitant dans l'instance principale l'opposant à la société de projet. Cela dans le but de rendre la sentence arbitrale opposable au sous-traitant. Là, l'entrepreneur cumule deux qualités, défendeur vis-à-vis de la société de projet, et demandeur à l'égard du sous-traitant. L'arbitrage multipartite profite à l'entrepreneur en le dispensant d'entamer une nouvelle procédure pour mettre en œuvre la responsabilité du sous-traitant de la mauvaise exécution de la partie des travaux lui incombant. Ainsi en vertu de la clause d'arbitrage multipartite, l'entrepreneur principal pourrait joindre le litige qui l'oppose au sous-traitant à la procédure qu'il introduit contre la société concessionnaire maître de l'ouvrage. A ce sujet, les conditions de consolidation se différencient selon que le litige issu du contrat principal fait l'objet d'une procédure devant une juridiction étatique ou arbitrale.

797. Devant la juridiction étatique, l'entrepreneur principal pourrait être exigé que tout litige issu du contrat de sous-traitance soit soumis à l'arbitre auquel le litige relatif au contrat principal est soumis. A condition que le litige né du contrat de sous-traitance soit en relation avec le contrat principal, que l'entrepreneur estime que le litige relatif au contrat principal touche ou concerne les travaux objet du contrat de sous-traitance, qu'il ait signifié par écrit que tout litige issu du contrat de sous-traitance devra être soumis aux arbitres auxquels le litige relatif au contrat principal est soumis, et que cette notification soit adressée au sous-traitant avant qu'un arbitre ait été désigné en application de la clause d'arbitrage contenue

dans le contrat de sous-traitance¹¹⁴⁶. En revanche, devant la juridiction arbitrale, l'entrepreneur dans les mêmes conditions, pourra évoquer l'alinéa premier de la présente clause (qui envisage la première hypothèse). A partir de cet instant, aucun litige en relation avec le contrat de sous-traitance ne pourra plus être soumis à l'arbitrage, sauf compromis ultérieur entre l'entrepreneur et le sous-traitant¹¹⁴⁷. Quand le litige oppose le sous-traitant à la société de projet qui est le deuxième cas de figure relatif à la clause multipartite dans une situation de sous-traitance, certaines législations, donnent au sous-traitant une possibilité d'action directe contre la société de projet. Cette action trouve son fondement dans la loi et non dans une clause contractuelle¹¹⁴⁸. Elle pourrait être exercée non pas devant la juridiction étatique, mais devant le tribunal arbitral s'il est déjà constitué pour trancher le litige entre la société de projet et l'entrepreneur concernant les travaux sous-traités.

798. La clause d'arbitrage multipartite est, dans ce cas, rédigée comme suit :
« L'entrepreneur s'engage à incorporer dans tout contrat qu'il conclura avec un sous-traitant désigné des clauses d'arbitrage incluant des dispositions relatives à l'arbitrage multipartite en des termes identiques à ceux des présentes (acceptables par le maître de l'ouvrage tant sur le fond que la forme), et l'entrepreneur s'assurera aussi, que ce sous-traitant désigné consent expressément à ce que, dans les cas où il exercerait son droit légal d'agir en justice directement contre le maître de l'ouvrage, ce sous-traitant désigné exercerait ce droit par voie d'arbitrage (et non par voie de procédure judiciaire) en conformité avec les dites clauses d'arbitrage, incluant les dispositions relatives à l'arbitrage multipartite¹¹⁴⁹ ».

C- L'extension de la clause compromissoire

799. Si en cas d'arbitrage multipartite, la participation de plusieurs parties aux procédures arbitrales résulte d'un consentement donné expressément par elles, la question qui se pose à ce stade est la suivante : Les effets d'une clause compromissoire s'étendent-ils aux parties non

¹¹⁴⁶ Christopher R. SEPPALA, Contentieux des contrats internationaux de construction. Commentaires des sentences CCI relatives aux Conditions FIDIC pour les contrats internationaux. RDAI n°6 .1999. p.711.

¹¹⁴⁷ « Si avant que l'arbitre (s) n'ait été convenu ou désigné en application de l'alinéa premier de la présente clause, un litige issu du contrat principal entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur fait l'objet d'une procédure devant une juridiction étatique quelconque et que l'entrepreneur estime qu'il touche ou concerne les travaux relatifs au sous-contrat, il pourra, en adressant une notification écrite au sous-traitant, révoquer l'alinéa 1^{er} de la présente clause et, dès lors, aucun litige en relation avec le présent sous-contrat ne pourra plus être soumis à l'arbitrage, sauf compromis ultérieur conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant » Citée par C.R. SEPPALA, op.cit. 1999. p.711.

¹¹⁴⁸ P. GLAVINIS, op.cit. 1993 p.509.

¹¹⁴⁹ Idem, P.509.

signataires du contrat comportant cette clause ? En d'autres termes, la convention d'arbitrage, contenue dans un contrat faisant partie d'un ensemble contractuel, peut être affectée, dans son interprétation et ses modalités d'exécution par les stipulations relatives à l'arbitrage d'autres contrats constitutifs de l'ensemble ?

Cette interrogation revêt une grande importance dans le contexte du projet CET pour deux raisons : la première résulte du fait que la réalisation du projet CET nécessite de passer de nombreux contrats qui sont plus ou moins étroitement liés. Dans cette hypothèse, on s'interroge sur la possibilité d'étendre l'effet de la clause compromissoire contenue dans l'un des contrats concernant la réalisation du projet à une partie d'un autre contrat dans le même projet. La deuxième raison est que dans le domaine de la réalisation de ces projets, le contrat CET peut être conclu, non seulement par l'Etat lui-même mais aussi, par l'une de ses entreprises publiques ou démembrements. On s'interroge alors sur la possibilité d'étendre la clause compromissoire à l'Etat.

1°) Les conditions de l'extension

800. En principe, il n'est pas possible qu'une clause compromissoire contenue dans l'un des contrats du projet CET s'étende à une partie d'un autre contrat dans le même projet. S'il est vrai que le contrat comportant la clause compromissoire appartient au groupe de contrats ayant tous le même objet (la réalisation du projet). Cette appartenance ne suffit pas pour que la clause compromissoire entraîne ses effets à l'égard des parties d'autres contrats ne l'ayant pas signé. Le consentement demeure une condition nécessaire pour qu'une clause compromissoire puisse entraîner ses effets. Par conséquent, la clause compromissoire contenue dans l'un des contrats du projet CET ne s'étend pas à une autre partie liée à la société de projet maître de l'ouvrage par un autre contrat. Il n'existe pas une relation de subordination entre ces contrats permettant à une partie de revendiquer l'existence d'une clause compromissoire stipulée dans un autre contrat¹¹⁵⁰. S'il existe un lien contractuel entre la société de projet et le constructeur (contrat de construction), entre la société de projet et l'exploitant (contrat d'exploitation), entre la société de projet et les prêteurs (contrat de prêt), le tribunal arbitral constitué pour trancher le litige entre cette société et l'un de ces intervenants ne peut donc pas connaître du litige survenu entre la même société et un autre intervenant. Par contre, un lien de subordination existe entre le contrat principal et le contrat

¹¹⁵⁰ Panayotis GLAVINIS. op.cit. 1993 pp.513 et 514.

de sous-traitance. L'objet de celui-ci fait partie de l'objet du contrat principal. Malgré l'existence d'un lien de subordination, l'absence d'une relation contractuelle entre la société concessionnaire, société de projet et le sous-traitant privé, en général, celui-ci a la faculté d'agir directement contre le sous-traitant¹¹⁵¹. Récemment, la Cour de Cassation française a adopté une attitude négative pour la possibilité d'extension des effets de la clause compromissoire contenue dans le contrat principal au sous-contrat¹¹⁵². Cependant, dans une affaire concernant un développement ou un tirage de photographie, le client avait apporté les photographies dans une boutique qui avait transmis les diapositives à un laboratoire. La Cour de Cassation a dit que « dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle aurait chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette personne que d'une action nécessairement contractuelle, qu'il peut exercer directement dans la double limite de ses droits et de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué¹¹⁵³ ». Par cet arrêt, la Cour de Cassation a affirmé le caractère contractuel de l'action exercée par le maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. Elle a généralisé ainsi l'application de la responsabilité contractuelle à propos des relations entre participants non contractants dans un groupe de contrats. La cour exige que le maître de l'ouvrage ne puisse pas lorsqu'il agit directement contre le sous-traitant dépasser la limite de ses droits tenant du contrat principal et les engagements imposés par l'entrepreneur principal à son égard. Le sous-traitant, par conséquent, a la possibilité d'opposer au maître de l'ouvrage les exceptions tirées du contrat principal. En essayant d'appliquer cet arrêt à l'arbitrage, M GOUTAL estime que si dans le contrat conclu entre le magasin et le laboratoire existait une clause d'arbitrage, celle-ci ferait partie des limitations apportées aux engagements du débiteur substitué¹¹⁵⁴. Le débiteur substitué ne s'est pas seulement engagé à exécuter certaines prestations, mais aussi à ce que sa responsabilité soit recherchée seulement dans le cadre d'un arbitrage, s'il existe une clause compromissoire dans le contrat¹¹⁵⁵. En tout état de cause, « la clause compromissoire reste soumise au principe de l'effet relatif des conventions et qu'elle ne peut ainsi circuler dans une chaîne de contrats, à moins que les parties n'aient expressément prévu le contraire¹¹⁵⁶ ».

¹¹⁵¹ *Idem*. P.514.

¹¹⁵² Cass. Ass. Plén 12 juillet 1995, *Besse et autre contre Protois*, Gaz.Pal.9 janv. 1992. note Karila.

¹¹⁵³ Cass. 1^{ère} Civ. 8 Mars 1988. JCP.88. II.21070 note P. JOURDAIN : RTD civ : 1988,p.760.obs.P.JOURDAIN.

¹¹⁵⁴ M.GOUTAL, ses observations au cours du Colloque, L'arbitrage et le tiers. Rev. Arb. 1988 pp.465, voir aussi P.MAYER, même colloque Rev.obs précité p.467.

¹¹⁵⁵ M. GOUTAL, obs.précitée. p. 405.

¹¹⁵⁶ Ph. DELE BECQUE, La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Cass civ.1^{ère} . 6 Nov. 1990 » Rev.arb. 1991 p.21.

Cependant, il faut éviter de confondre l'extension des effets de la clause compromissoire contenue dans l'un des contrats concourant à la réalisation du projet à une partie d'autre contrat du même projet, de la jonction des litiges résultant de deux ou plusieurs contrats dans le même projet¹¹⁵⁷.

Conformément à la jurisprudence CIRDI, aux sentences arbitrales et au droit français, la clause compromissoire stipulée dans l'un des contrats du projet ne peut être étendue à des parties d'autres contrats dans le même projet que dans deux cas : lorsque les contrats du projet ont été conclus simultanément entre les mêmes parties ou lorsqu'ils ont été conclus successivement entre les mêmes parties¹¹⁵⁸. L'unité des parties constitue donc une condition principale pour étendre l'effet de la clause compromissoire.

801. A notre avis, il n'est pas possible, comme l'estiment à juste titre la jurisprudence CIRDI, les sentences arbitrales et le droit français, d'étendre l'effet de la clause compromissoire stipulée dans l'un des contrats du projet CET à un autre contrat. Les conditions exigées pour l'extension de la clause, conclusion simulée ou successive entre les mêmes parties, sont difficiles à réaliser dans le projet CET. Les contrats ne sont pas conclus en même temps, mais au fur et à mesure de l'évolution des différentes phases du projet. Ils ne sont pas aussi conclus simultanément entre les mêmes parties bien au contraire, ils le sont successivement entre des parties différentes. L'unité n'existe donc pas. Ainsi, les contrats conclus entre les mêmes parties donnent droit à toutes les parties d'être informées sur le contenu des autres contrats dont la clause compromissoire. Les liens contractuels établis entre les mêmes parties sont plus resserrés que ceux établis entre parties différentes¹¹⁵⁹. Dans l'ensemble contractuel du projet CET, il est difficile d'étendre l'effet d'une clause compromissoire contenue dans l'un des contrats à une autre partie d'un autre contrat si celle-ci n'est pas un membre d'un groupe de personnes, groupes de sociétés, Etat ou entreprise publique.

¹¹⁵⁷ Dominique CHEEDEVILLE, *La liaison entre les contrats*, Thèse de Paris II, 1977. L'auteur distingue les contrats conclus entre les mêmes parties de ceux conclus entre parties distinctes.

¹¹⁵⁸ Jean – François BOURQUE, *Le règlement de l'arbitrage multipartite dans l'arbitrage commercial international*, 1989 p.351.

¹¹⁵⁹ *Idem* p.351. l'auteur dit que « les liens tissés entre les mêmes parties, dans une chaîne contractuelle ou un ensemble de contrats sont nécessairement plus resserrés que ceux liant entre elles de multiples parties intervenant dans la résolution d'opérations complexes ».

3°) Les effets de l'extension de la clause

802. Lorsqu'une entreprise publique est partie au contrat CET, la question qui se pose est de savoir s'il est possible d'étendre la clause compromissoire à l'Etat lui-même. Ce qui suscite cette interrogation est que la partie étrangère contractante cherche toujours à impliquer l'Etat dans les procédures arbitrales.

803. L'Etat est plus solvable que l'entreprise publique, estime-t-on ? Sur cette question, la règle actuelle est que la conclusion d'une clause compromissoire par une entreprise publique n'implique ou ne rend pas l'Etat partie aux procédures arbitrales engagées par ou contre l'entreprise publique. L'article 7 de la résolution de l'IDI du 12 septembre 1989 sur l'arbitrage entre Etats, entreprises d'Etat ou entités étatiques et entreprises étrangères stipule que « l'accord d'une entreprise d'Etat consent à un arbitrage n'implique pas par lui-même que l'Etat consent à être partie à cet arbitrage »¹¹⁶⁰. A l'égard de la clause compromissoire insérée dans le contrat conclu par l'une de ses entreprises publiques, l'Etat ne peut invoquer les droits résultant de la clause compromissoire, et n'est pas tenu par ses effets. Le principe est que « ceux qui n'ont pas conclu la convention d'arbitrage ne sont pas soumis aux obligations et ne peuvent pas invoquer les droits résultant de celle-ci »¹¹⁶¹.

Le défaut de signature par l'Etat du contrat comportant la clause compromissoire et l'autonomie juridique de la personne publique constitue un grand obstacle à l'extension de la clause compromissoire¹¹⁶². Pour lever cet obstacle, l'appartenance de la personne publique sur cette personne comme autorité de tutelle pour le déclarer engagé par la clause compromissoire, mais « une immixtion effective et circonstanciée dans la négociation, l'exécution ou l'inexécution du contrat »¹¹⁶³ est exigée. Dans le cadre du financement de projet CET, il nous semble que cette immixtion est fortement présente tant pendant la conclusion des contrats *supply or pay* et *take or pay*, que pendant leur exécution. Pendant la conclusion de ces contrats, la présente dans le comité d'attribution de ces contrats des représentants de l'Etat (un représentant du ministère des finances, un conseiller juridique de l'Etat¹¹⁶⁴) est imminente. En Egypte, par exemple la société concessionnaire ou la société de

¹¹⁶⁰ Rev. Arb. 1990 p.931., obs. Ph. FOUCHERD

¹¹⁶¹ Jean-Louis GOUTAL, Le droit des contrats. Rapport. in L'arbitrage et le tiers. Journées du Comité français d'arbitrage, 5 Mai 1988, Rev.arb. 1988. p.442.

¹¹⁶² André CHAPELLE, L'arbitrage et le tiers : le droit des personnes morales (groupes de sociétés. interventions d'Etat) Rev.arb.1988 p.476.

¹¹⁶³ André CHAPELLE, op.cit.1985.p.493.

¹¹⁶⁴ On Sénégai, La Commission Nationale des contrats de l'Administration exerce un pouvoir dans ce sens.

projet ne peut pas se voir confier un droit d'exploitation qu'à la suite d'une décision du Conseil des ministres. Ainsi, l'application des terrains pour le projet s'effectue à travers une décision du ministre compétent ou de son représentant, etc. pendant l'exécution de ces contrats, l'intervention de la Banque Centrale est systématique pour garantir les obligations de la personne publique souscrites aux termes de ces contrats.

Cette question a été soulevée à propos de l'affaire du plateau des Pyramides¹¹⁶⁵. Cette affaire se résume en un contrat conclu le 23 septembre 1974 entre le ministre du tourisme égyptien et l'organisme public de tourisme et des hôtels (EGOTH) d'une part, et la société (S.P.P) d'autre part, pour établir deux centres touristiques dont l'un est à côté du plateau des Pyramides. Le 13 décembre 1974, une convention additionnelle a été signée entre EGOTH et SPP. Cette convention a fait référence au contrat devant la CCI et deux annexes qui stipulent que les obligations qui incombent à l'EGOTH doivent être approuvées par les autorités gouvernementales égyptiennes. Le contrat a été signé par les deux parties avec la signature du Ministre du Tourisme égyptien précédée par la phase suivante : « *approved, agreed and ratified* ». Les autorités administratives égyptiennes, sous la pression du peuple égyptien ont annulé le projet. Elles ont fondé leur décision sur l'article 4 de la convention de l'UNESCO relative à la protection des monuments. D'après l'article 7 du contrat signé par les deux parties, la SPP a recouru à l'arbitrage devant la CCI. Le 12 décembre 1983, le tribunal arbitral s'est prononcé en condamnant le gouvernement égyptien à payer 12,5 millions de dollars ainsi que 5% d'intérêts¹¹⁶⁶. Celui-ci a soulevé l'exception d'incompétence parce qu'il bénéficie de l'immunité de juridiction. Le tribunal arbitral n'a pas retenu cet argument, car la société SPP a soutenu que le gouvernement égyptien a renoncé à son immunité de juridiction conformément à la clause compromissoire et à la signature du ministre du tourisme. Donc, le tribunal a fini par considérer le gouvernement égyptien comme une partie du contrat. Celui-ci a interjeté un appel devant la Cour d'Appel de Paris qui a estimé « que l'approbation donnée par le Ministre du Tourisme selon la modalité rappelée au début du présent arrêt n'implique pas la volonté de l'Etat de devenir partie au contrat¹¹⁶⁷ ». Elle a ajouté que « la mention approuvée, agréée et ratifiée, doit se comprendre en fonction de la législation égyptienne qui confie au Ministre du Tourisme la surveillance des sites touristiques ». La Cour a estimé que l'organisme du

¹¹⁶⁵ Sur cette affaire voir Philippe LEBOULANGER, Groupe d'Etat(s) et arbitrage Rev.arb.1989, P.415. ; Ph. Leboulanger, Etat, politique et arbitrage l'affaire du plateau des Pyramides, Rev.arb. 1986, p.33. ; Cour Cass. 12 juillet 1984, SPP contre état égyptien, JDI.p.129., note GOLDMAN.

¹¹⁶⁶ Sentence CCT, 15 Février 1983, Rev.arb.1986.pp.105 et S.

¹¹⁶⁷ Cour d'Appel de Paris. 12 juillet 1984. Rev.arb. 1986.pp.73 et S.

tourisme a la personnalité morale et un statut juridique distinct de l'Etat. L'arrêt de la Cour d'Appel de Paris a été confirmé par la Cour de cassation française¹¹⁶⁸.

Lorsque la juridiction compétente est déterminée, le juge s'applique maintenant à relever le droit applicable.

¹¹⁶⁸ Cass.civ. 6 janvier 1987. Rev.arb. 1987 pp.468 et S. note Philippe Leboulanger.

TITRE II : LE DROIT APPLICABLE AUX OPERATIONS RELATIVES AU PROJET CET

804. La question de l'identification de la loi applicable aux opérations relatives au projet CET est d'une extrême importance. Elle ne constitue pas un simple exercice théorique¹¹⁶⁹, mais elle révèle aussi des contraintes d'ordre pratique (le rattachement de l'opération à la loi choisie, son adaptation aux besoins des parties intervenant, les impératifs de la sécurité juridique élémentaire¹¹⁷⁰). L'opération doit nous permettre de mesurer les conséquences que peut susciter le choix de telle ou telle loi. Du fait que la loi applicable entraîne des effets sur la portée de leurs obligations, sur l'interprétation du contrat et des conditions relatives à ses modifications, les parties s'intéressent au choix de la loi applicable. Dans le financement du projet CET, la multiplicité des participants qui n'ont pas forcément la même nationalité, la localisation des principaux acteurs (prêteurs, investisseurs, emprunteurs.) dans des pays différents, l'existence d'une phase précontractuelle relativement longue et complexe, le rattachement de l'opération dans son ensemble à des ordres juridiques multiples, l'intervention de l'Etat ou d'un organisme public comme partie au contrat, rendent difficile la détermination de la loi applicable. Par conséquent la soumission de l'ensemble des contrats faisant l'objet de la structure contractuelle du projet CET à un seul ordre juridique semble difficile à réaliser pour certaines raisons : le rôle prépondérant que joue la volonté des parties par rapport au choix de la loi applicable au contrat l'existence d'une phase précontractuelle qui échappe au droit au contrat même.

L'intervention de l'Etat comme contractant crée des situations qui nécessitent l'application de son droit. Enfin, le caractère international de cette opération a provoqué des tendances doctrinales et arbitrales en faveur de l'application des règles prenant en considération la spécificité des contrats auxquels l'Etat est l'une des parties. Il découle de la complexité de ce régime juridique que les opérations du projet CET doivent être soumises, selon des situations et des phases déterminées, au droit local du pays d'accueil (chapitre I). D'ailleurs, en l'absence de choix des parties, le caractère international de l'opération incite d'ailleurs la doctrine et les arbitres à exiger sa soumission à des règles différentes des lois nationales (chapitre II).

¹¹⁶⁹ Jean Flavien LALIVE, *Contrats entre Etats et personnes privées*, Recueil Cours La Haye, 1983 P.48

¹¹⁷⁰ André brabant, *op. cit* – TH. 1996, p.687

CHAPITRE I : L'APPLICATION DU DROIT DU PAYS D'ACCUEIL DU PROJET CET.

805. Le droit applicable à l'opération CET est, dans la majorité des cas le droit du pays d'accueil. Il est aisé de comprendre pourquoi les pays en développement s'attache à ce que leur loi nationale s'applique au contrat ; au projet. Mais, paradoxalement, ils se fondent sur la jurisprudence la plus classique ; notamment l'arrêt de la CPIJ du 12 juillet 1929 de l'Affaire des Emprunts serbes qui a posé le principe selon lequel « tout contrat qui n'est pas un contrat entre Etat, en tant que sujets de droit international a son fondement dans la loi national ». L'application de ce droit pourrait être déterminée par le recours aux règles de conflit en droit international privé (section I) ou par sa qualité de loi de police¹¹⁷¹ (section II).

Section I : La détermination de la loi applicable au contrat CET par les règles de conflits de droit international Privé.

806. L'application de la loi du pays où le projet s'exécute est envisageable dans deux hypothèses : son application pendant la phase précontractuelle (paragraphe I) et son application aux contrats concourant à la réalisation du projet CET (paragraphe II).

Paragraphe I : L'application de la loi du pays d'accueil du projet à la phase précontractuelle

807. A cette phase des négociations, des procédures concernant l'attribution du marché et ses autorisations requises pour l'entrée en vigueur des différents contrats. La loi du lieu d'exécution du projet est souvent celle applicable, même si sa désignation s'effectue en fonction d'une règle de conflit. (Sous paragraphe I)¹¹⁷².

D'ailleurs, l'intervention de l'Etat ou de l'une de ses entreprises publiques nécessite l'application d'un certain nombre de règles de droit public du pays d'accueil (Sous paragraphe II).

¹¹⁷¹ Cette notion a fait l'objet d'un débat doctrinal très controversé. C'est Le Professeur Ph. Francescakis qui a, pour la première fois en 1966, tenté de préciser la situation des « lois d'application immédiates » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. V. Répertoire Dalloz droit international, V° Conflit de lois, N° 137.

¹¹⁷² Dominique BERLAIN, op. cit. Thèse Paris I. 1981, p.120, l'auteur souligne que « l'application des règles de conflit de lois conduit la plupart du temps à l'application de la loi de l'Etat contractant..... »

Sous paragraphe I : La loi applicable aux différentes négociations des contrats du projet CET

808. La détermination de la loi à la négociation est liée au fondement de l'action en responsabilité de la partie lésée. Le demandeur, qui est souvent l'entreprise soumissionnaire, pourrait fonder son action sur l'existence ou non d'un contrat. En tout état de cause, l'application des règles de conflits conduit à la désignation de la loi du pays d'accueil tout en sachant que c'est la loi applicable aux négociations qui détermine le fondement et l'étendue de la responsabilité précontractuelle.

A- L'existence d'un contrat

809. Lorsque les deux parties ont conclu un contrat, la partie lésée peut mettre en cause la responsabilité contractuelle de l'autre partie. A ce sujet, la Convention de Rome¹¹⁷³ prévoit que la loi applicable aux litiges se rapportant à l'existence et à la validité du contrat est la *Lex contractus*. L'article 8.1 dispose que « l'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de la présente convention si le contrat ou la disposition étaient valable. ». Cependant, L'article 9.2 de la même convention édicte une règle de conflit spéciale. Il permet à l'une des parties de se référer à la loi de sa résidence habituelle pour établir son absence de consentement au contrat. Cet article s'applique lors de l'application de la portée du silence d'une partie sur l'offre du contrat ou sur l'une de ses clauses. Il oblige le juge à examiner la portée du silence conformément à la putativité du contrat.(article 8.1) -

Si, selon cette loi, le contrat est formé ou la clause est acceptée, le juge en l'absence d'un rapport d'affaire antérieure entre les parties, pourrait autoriser l'autre partie à établir en se fondant sur la loi de sa résidence habituelle que le comportement de son contractant ne peut valoir acceptation du contrat ou l'une de ses clauses¹¹⁷⁴

¹¹⁷³ Cette convention est en vigueur le 1^{er} avril 1991 après que la France, l'Italie, la Danemark, le Luxembourg, la RFA, la Belgique et le Royaume Uni ont déposé leurs instruments de ratification. Jacques Foyer, entré en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1986 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JDI, N°3. 1991, pp. 601 et s

¹¹⁷⁴ Paul LAGARDE. Le nouveau droit international privé des contrats l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Rec.-crit. DIP. 1991 pp. 601 et S.

B- En l'absence de contrat

810. Dans ce cas, la partie préjudiciée ne peut fonder son action que sur la faute délictuelle. Dans cette hypothèse, la loi applicable est celle du lieu où le fait dommageable s'est produit¹¹⁷⁵, un principe de loi du pays d'exécution du projet CET où les négociations se sont déroulées. Il est à noter que le droit franco-africain soumet les obligations non contractuelles à la loi de l'Etat sur le territoire duquel s'est produit le fait générateur de l'obligation¹¹⁷⁶. Cependant, cette loi ne sera pas appliquée aux fait dommageables qui se sont produits à l'étranger et considérés comme licites par la loi locale quoique illicite d'après la loi étrangères¹¹⁷⁷. Dans certaines hypothèses, la détermination de la *Lex Loci delicti* n'est pas facile. Elle déclenche un certain nombre de difficulté lorsque l'acte générateur de la responsabilité et ses effets dommageables ne sont pas localisés dans le même pays.

La première difficulté consiste à choisir la loi du lieu du fait dommageable et la du lieu du préjudice subi. La cour de cassation française a tranché en faveur de la loi du lieu de survenance du dommage¹¹⁷⁸. La même solution a été adopté par le tribunal arbitral saisi d'un litige opposant une entreprise sud-africaine à une entreprise allemande – ces entreprises étaient membres d'un groupement créé particulièrement dans le but de présenter une offre concernant la construction d'un terminal pour minerais en Afrique du Sud. A la suite d'actes de nature délictuelle, un préjudice a été causé par l'entreprise allemande à l'entreprise sud-africaine. Le tribunal arbitral a décidé que « Lorsque le lieu de l'acte ou de l'omission et celui de préjudice se situent dans des pays différents le droit applicable est celui du pays où a été subi le dommage »¹¹⁷⁹

L'autre difficulté apparaît quand le tribunal arbitral a du mal à localiser le fait dommageable. Dans la même affaire, le tribunal arbitral, après s'être prononcé en faveur de l'application de la loi du lieu où le préjudice a été subi, souligne « dans la présente affaire, le tribunal n'est pas, à ce stade, à même de décider si le lieu de l'acte ou de l'omission présumée se situait en Allemagne ou en Afrique du Sud, ou bien encore dans ces deux pays ». Sur ce problème, certains législateurs ne se prononcent pas¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁵ Cass.cit. 25 Mai 1946. Rev. crit. DLP. 1948 p.89 note Battifol. JCP. 1948 II. 4532

¹¹⁷⁶ L'article 118 du code sénégalais.

¹¹⁷⁷ Les articles 830 et 831 code de la famille du sénégalais

¹¹⁷⁸ L'affaire CCI N° 3043, sentence rendue en 1978. JDI 1979 pbs. Derains

¹¹⁷⁹ L'affaire CCI N° 3043. sentence rendue en 1978. JDI 1979 obs. Derains

¹¹⁸⁰ Le législateur égyptien s'est contenté dans l'article 12 du code civil égyptien, de prendre en considération la loi du lieu où le fait générateur de l'obligation s'est produit. Cependant, il convient de souligner que la doctrine

C- L'enrichissement sans cause

811. Si le demandeur fondé sur action sur l'enrichissement, c'est la loi locale qui est applicable. A ce stade, le demandeur est l'entreprise évincée qui a déjà procédé à des études pour commencer l'exécution du projet. L'autorité adjudicatrice profite de ces études pour attribuer le marché à une autre entreprise.

L'application de la loi locale s'étend à toutes les sources d'obligation quasi contractuelle autre que l'enrichissement notamment au paiement de l'indu et à la gestion de l'affaire¹¹⁸¹

Sous paragraphe II : La loi applicable aux procédures de l'adjudication et aux autorisations administratives

812. Il convient de rappeler que des autorisations administratives sont parfois nécessaires à l'entrée en vigueur du contrat CET d'une part, et d'autre part que l'Etat ou l'une des ses entreprises publiques constitue l'autre partie aux contrats CET, *supply or pay* et *take or pay*. De fait, la conclusion de ces contrats exige de se conformer aux règles édictées par le droit local du lieu d'exécution du projet. Ces règles se rapportent aux procédures de l'attribution du marché et aux autorisations administratives nécessaires à l'entrée en vigueur de ces contrats.

A- Les procédures d'attributions des marchés

813. L'état ou l'une de ses émanations est tenu de respecter, à l'occasion du choix de l'entreprise avec laquelle il doit contracter la réglementation relative à l'attribution du marché. Cela signifie que l'entreprise soumissionnaire, évincée peut recourir à cette réglementation pour contrôler la régularité des procédures d'attributions du projet. L'ensemble de cette réglementation est contenu dans le droit public du pays d'accueil.

Par conséquent, le droit applicable aux procédures de l'adjudication est le droit public du lieu d'exécution du projet.

En Egypte, lorsque l'Etat ou l'une de ses émanations conclut un contrat, il est tenu de respecter les règles de la loi N°89 de 1998 sur l'organisation des adjudications. Cette loi est applicable aux ministères, aux administrations ayant un budget privé, aux administrations du

égyptienne est divisée sur la question. (v. Fonadd RAD et Samia Rachid op.cit. 1992 p256. 6^e édi. Dalloz 1999 p 494

¹¹⁸¹ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, droit international privé, 6^e éd. Dalloz 199 p 494

gouvernement local et aux organismes publics administratifs et économiques (article 1^{er}). Outre les règles fixées par cette loi, chaque entreprise publique a des règlements intérieurs¹¹⁸² qui organisent les procédures relatives à la conclusion des contrats. Toutefois, ces règlements ne doivent pas être en contradiction avec les dispositions de la loi N°089 de 1998. En France, les dispositions relatives à l'adjudication en son article 1^{er} que : « De tels contrats ne peuvent toutefois être conclus que dans la mesure ou les principes généraux du droit administratif ainsi que la réglementation applicable en matière budgétaire et comptable sont respectés ».

Il appartient à chaque ministre de déterminer pour son département les règles de passation des contrats non soumis au code des marchés publics. En effet, les procédures de conclusion des contrats du projet CET par l'Etat ou par une personne morale de droit public sont soumises à deux types de règles : la loi sur l'adjudication et les règles de passation des contrats non soumis au code des marchés publics, déterminées par le département ministériel du ressort duquel relèvent de telles opérations.

Particulièrement, le Sénégal a adopté une loi relative à la conclusion de contrats CET¹¹⁸³. Cette réglementation qui a compétence à s'appliquer de prime abord définit et qualifie le contrat CET de contrat administratif (article 3). Elle est complétée par les dispositions du code des obligations de l'administration « dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions de la présente loi »¹¹⁸⁴.

En somme, les procédures de passation des contrats CET sont soumises au Sénégal comme dans la plupart des pays africains francophones au droit local. L'application du droit local à ces procédures se base sur deux fondements. Le droit local peut être appliqué en fonction de la règle de rattachement qui soumet les procédures de passation aux *Locus Régit Actum*, d'où le premier fondement à la règle. Par exemple, le législateur égyptien adopte cette règle en prévoyant dans l'article 20 du code civil que « les contrats entre les vifs seront soumis, quant à leur forme, à la loi du lieu où ils ont été accomplis »¹¹⁸⁵.

¹¹⁸² C'est l'exemple du règlement des contrats de l'organisme de développement et de l'utilisation de l'énergie Nouvelle qui prévoit dans son article 1^{er} l'applicabilité de ce règlement à tous les contrats conclus par cet organisme, du règlement des adjudications de l'organisme public des services d'eau du Caire (Journal officiel de l'Egypte N°2B de 1990.)

¹¹⁸³ Il s'agit de la loi N°13-2004 relative aux contrats de construction exploitation et transfert d'infrastructures.

¹¹⁸⁴ Cette disposition peut se justifier par le principe selon lequel « le spécial déroge au général » ; la loi sur les contrats CET ou BOT étant la règle spéciale et le code des obligations de l'administration la norme générale.

¹¹⁸⁵ Dans le même article, le législateur après avoir soulevé la règle générale susmentionnée, donne aux articles la possibilité de soumettre la forme des contrats à la loi qui gouverne leur fond ou à la loi du domicile des parties ou à leur loi nationale comme voir aussi article ... du COCC sénégalais.

En ce qui concerne le deuxième fondement, les règles applicables aux procédures de passation des contrats peuvent faire partie des lois dites de police. Celles-ci sont applicables sans besoin de recourir à une règle de rattachement et quelle que soit la loi applicable au contrat. En tout état de cause soit la loi applicable au contrat. En tout état de cause, la loi du sujet de droit public devrait l'emporter sur celle de la personne morale de droit privé¹¹⁸⁶.

B Les autorisations administratives

814. Dans le processus de formation des contrats CET, des autorisations et des approbations sont nécessaires pour la conclusion de ces contrats.

La loi applicable à ces autorisations ou approbations n'est pas la même que celle applicable à la procédure de formation du contrat. La formation de ces contrats est soumise à la loi applicable au contrat lui-même alors que ces autorisations et approbations doivent être obtenues conformément aux modalités du droit du pays d'exécution du projet CET, à l'évidence le droit public.

Le droit public du pays de l'exécution du projet détermine ou contrôle les conditions de la validité des autorisations et approbations, et leurs incidences sur les relations contractuelles entre la société de projet et l'autorité concédante. Ce droit détermine l'influence de l'irrégularité éventuelle de ces actes sur le contrat même. De ce fait, lorsqu'un Etat ou une personne publique intervient dans les opérations soumises au droit privé le juge compétent sur le fond a la possibilité de chercher la conformité des engagements souscrits par l'administration aux conditions imposées par les dispositions de droit public du pays de l'exécution des travaux¹¹⁸⁷. Néanmoins, il ne peut pas décider la nullité de ces actes. Mais dans le but de déterminer la validité de ces actes, il doit prendre en considération les dispositions du droit public de pays d'accueil¹¹⁸⁸.

Lors des conclusions des différents contrats du projet CET par une entreprise publique, celle-ci est tenue d'avoir une autorisation de contracter les autorisations sollicitées auprès de

¹¹⁸⁶ Véronique RANOUIL, Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement. in Contrats internationaux et pays en développement Economica, 2198, p.40

¹¹⁸⁷ Cass. 3^e ch., 4 Mai 1973. Bull. civ. III. P.231, cass 1^{er} ch., 13 juin 1974. bull. Civ. I, p.154

¹¹⁸⁸ Conformément à l'article 1^{er} de la Résolution de l'Institut de Droit International 1975 relative à l'application du droit public étranger : « le caractère public attribué à une disposition de droit étranger désigne par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition sous la réserve fondamentale de l'ordre public. -2- il en est de même lorsqu'une disposition du droit public étranger est la condition d'application d'une autre règle de droit ou qu'il apparaît nécessaire de la prendre en considération » Annuaire IDI. 1975 p.399

l'organisme de tutelle ou l'autorité hiérarchique. Si ces autorisations font défaut, le contrat pourrait être déclaré nul.

815. A cet égard, la loi applicable au contrat ne gouverne pas les actes administratifs autorisant l'entreprise publique à contracter. Son intervention se limite à fixer les conditions de validité de la procédure de formation surtout de formation surtout en ce qui concerne le consentement des parties, dans la mesure où l'absence de consentement entraîne la nullité du contrat¹¹⁸⁹. En effet, c'est le droit public du pays du lieu de l'exécution du projet CET qui est applicable aux actes administratifs comportant l'autorisation de contracter. C'est à ce droit qu'il revient de déterminer les conditions sur la base desquelles doit être reconnues à l'entreprise publique la capacité de contracter. Le juge du contrat doit donc se référer aux dispositions de ce droit pour vérifier si ces autorisations ont été régulièrement obtenues. Cependant, il n'a pas la possibilité de prononcer la nullité de ces actes.

L'autorité concédante contractante est toujours responsable à l'égard de la société de projet si elle ne peut pas obtenir ces autorisations. Elle ne peut pas, à ce stade, se contredire au détriment de la société de projet. C'est le principe de l'estoppel auxquels les arbitres peuvent se référer pour se prononcer sur le manquement à la procédure de l'autorisation administrative. Au cas où les différents contrats du projet CET nécessitent d'être ratifiés par le parlement du pays de l'exécution du projet la ratification doit être faite conformément au droit du pays d'accueil. Les effets de l'absence de ratification seront mesurés à l'aune de ce droit

816. Il est à noter que l'effet de l'acte de ratification est différent de celui de l'autorisation de contracter. L'absence ou l'irrégularité du premier fait obstacle à l'entrée en vigueur du contrat alors que le deuxième entraîne la non-conclusion du contrat. Dans la réalisation de grands projets internationaux de construction selon la formule CET, le pays d'accueil est tenu de réaliser ou d'améliorer les infrastructures qui facilitent l'accès en place de crédits. Ceux-ci exigent des autorisations budgétaires. En fonction des règles financières de droit local, les personnes publiques ne peuvent pas réaliser des projets qui ne sont pas inscrits dans le budget¹¹⁹⁰. Elles ne peuvent pas également effectuer les paiements que conformément aux règles internes des finances publiques.

¹¹⁸⁹ Cass. Civ 25 juin 1957. Rev crit. StP, 1957, p.680. note Battifol

¹¹⁹⁰ Dans le droit libyen par exemple, l'article 8 de la loi N°82. de 1970 relative à la planification, dispose que « il est interdit de contracter ou de se lier par une obligation quelconque ou d'employer les moyens du budget développement pour réaliser des projets ou travaux qui ne sont pas inscrits dans ce budget » cité par Khalid KADIKI. Op. cit. Thèse Dijon 1979 p.14

L'absence de crédits budgétaires n'a aucun effet sur l'engagement contractuel de l'entreprise publique à l'égard de la société de projet. Le contrat reste valable mais l'entreprise publique ne pourra pas payer les sommes dues à son co-contactant qu'après l'ouverture d'un crédit¹¹⁹¹.

Paragraphe II : La loi applicable aux contrats d'exécution du projet CET

817. Le projet CET se déploie dans deux sphères différentes. La première sphère est celle contractuelle. Elle comporte des mécanismes contractuels destinés à organiser les différents rapports entre les parties intervenant dans le projet. La deuxième sphère est celle financière. Elle se divise en deux éléments : les fonds nécessaires au financement et les garanties qui nécessitent l'intervention d'une troisième personne souvent une banque ou qui trouvent leur source dans le droit des sûretés.

C'est pourquoi, il convient d'appréhender la loi applicable à la sphère contractuelle (Sous paragraphe I) et celle applicable à la sphère des sûretés (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I : La loi applicable à la sphère contractuelle

818. La structure contractuelle du projet CET se compose de différents contrats. Le contrat principal est le contrat de concession CET ou Accord de projet. Autour de ce dernier gravitent des contrats concourant à la réalisation du projet. Pour bien déterminer la loi applicable à la sphère contractuelle du projet CET, il nous paraît raisonnable d'envisager la loi applicable au contrat principal et la loi applicable aux autres contrats.

A- La loi applicable au contrat de concession CET ou Accord de projet

819. A ce stade, il convient de voir s'il existe dans le contrat CET une clause entre les parties déterminant la loi applicable ou non.

¹¹⁹¹ D'après l'arrêt de la cour Suprême Libyenne du 24 Juin 1961, la violation des règles de crédit budgétaires par l'administration n'entraîne pas la nullité des contrats. Le contrat reste valable et l'administration est tenue par son engagement vis-à-vis des tiers même en l'absence de crédit budgétaire » cité par Kadiri p. cit. 1979 p.90

1) Le choix de la loi applicable par les parties

820. En matière contractuelle, la règle qui domine dans la quasi-totalité des systèmes juridiques nationaux est celle de l'autonomie de la volonté. Dans les contrats internationaux¹¹⁹², dont le contrat CET en est une illustration, la loi applicable à ces types de contrat « constitue l'élément de rattachement principal de la règle qui permet la résolution du conflit des lois. »¹¹⁹³.

Par cette règle, les parties sont libres de choisir la loi convenable à l'opération. Il est à noter que le contrat CET a été conclu par l'Etat ou par une entreprise publique. Le principe de l'autonomie de la volonté est également valable pour l'entreprise étrangère contractante¹¹⁹⁴. La règle de l'autonomie¹¹⁹⁵ de la volonté est posée par l'article 3 alinéa premier de La convention de Rome qui stipule que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. »

821. La doctrine est divisée sur la question de la liberté des parties du contrat CET à choisir la loi qui gouverne le contrat. Un certain nombre de juristes¹¹⁹⁶ estime que les parties ont la liberté totale pour fixer la loi applicable à leur contrat à condition que le choix soit

¹¹⁹² La question du caractère international du contrat a mérité une analyse assez relevée. La notion est d'ailleurs d'une « ambigüité notoire » (LALIVE, Sur une notion de "contrat international", in *Munitum non muta*, Festschr K. Lipstein, Karlsruhe, 1980, p. 135). La difficulté à caractériser le contrat d'international peut être également notée dans les Conventions internationales, notamment sur la vente internationale. La seule volonté des parties ne suffit pas pour faire du contrat un accord international. L'article 1 dernier alinéa de la Convention de la Haye du 15 Juin 1955 sur la loi applicable à aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels dispose que « la seule déclaration des parties, relative à l'application d'une loi ou à compétence d'un juge ou d'un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international... ». On n'est pas plus édifié. Quel est alors l'indice décisif pour attribuer au contrat le caractère international ? La Convention de Vienne semble opter pour une voie simple : « to contracts of sale of Goods between parties whose places of business are in different State » ou la conclusion sage et prudente de LALIVE : « l'internationalité comporte des degrés, susceptibles d'entraîner, selon les contextes, des conséquences juridiques fort diverses » (Article précité, p. 138). Le point de vue de M. J-M JACQUET est plus systématisé. Il distingue l'internationalité formelle et l'internationalité substantielle. Dans le premier cas, cela appelle le « jeu éphémère de la règle de conflit et se résorbe, en grande partie lorsqu'une loi interne est appliquée au contrat » (V. son ouvrage, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983, p. 249). Dans la deuxième hypothèse, l'internationalité est substantielle car elle est apte à placer le contrat hors de l'atteinte des règles purement internes.

¹¹⁹³ Jean Christophe Pommier, *La résolution des conflits de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit. Le rôle de l'arbitre* - IDI. 1992 pp. 5 et 9.

¹¹⁹⁴ Ph. LEBOULANGER, op. cit 1985, p.201. l'auteur affirme que « l'autonomie est la même pour l'Etat que pour l'entreprise étrangère. L'Etat n'est pas tenu en nouant une relation contractuelle avec un étranger, d'appliquer à celle-ci son propre droit. La pratique contractuelle comme la jurisprudence interne et internationale approuvée par une doctrine unanime reconnaissant qu'il jouit d'une autonomie égale à celle de son partenaire ».

¹¹⁹⁵ La règle ou principe d'autonomie peut être défini comme le pouvoir reconnu par un ordre juridique à un ou plusieurs individus de créer des situations juridiques en son sein. En droit international des contrats, il est conféré un rôle particulier à la volonté : la désignation d'une loi à laquelle les parties ont entendu se soumettre volontairement. Le juge de Cassation français l'a admis aux parties dès 1884 (Req. 18 mai, S. 1885. I. DP. 1884. 1. 286.), et depuis 1910, cette solution est intangible (Arrêt *American Trading*).

¹¹⁹⁶ David Roger, *Détermination de la loi compétente*, Juris Class. Dr inter 1959, fasc.- 552- CP5 BATTIFOL et Lagarde, *Droit international privé*, 7^e édition LGDS, 1983 p.273

raisonnable et fondé sur la bonne foi. L'accomplissement de ces conditions oblige l'arbitre et le juge à appliquer cette loi, même si elle n'a aucun lien direct avec le contrat. Alors que d'autres juristes estiment, au contraire, que la liberté des parties se limite à choisir une loi ayant un lien direct et réel avec le contrat¹¹⁹⁷.

En réalité, la liberté dont disposent les parties au contrat CET lors du choix de la loi applicable reste théorique¹¹⁹⁸. Deux raisons principales fondent une telle compréhension.

Il ne fait de doute que l'objet de ce contrat est dans la majorité des cas, d'exploiter un service public. Par conséquent, la majorité des réglementations locales ne permet pas une telle liberté compte tenu des prérogatives importantes de l'Etat dans ce domaine. Elles imposent l'application de la loi du maître de l'ouvrage public¹¹⁹⁹. Dans la catégorie des contrats internationaux conclus par l'Etat, les contrats de développement ont tendance à imposer indirectement le droit local. Par exemple l'article 1^{er} de la loi chinoise du 21 Mars 1985 sur les contrats économiques avec l'étranger postule l'application du droit. Car c'est le pays le plus concerné par le contrat¹²⁰⁰ ; ce qui est certainement, à l'avantage de la Chine en tant que pays de signature et d'exécution du contrat. En outre, la présence de l'Etat ou d'une entreprise publique rend difficile l'application d'une loi autre que celle de cet Etat¹²⁰¹, ce qui peut constituer une deuxième atteinte à cette liberté des parties. Soucieux de garantir leurs prérogatives de puissance publique, les Etats contractants tiennent à imposer leurs lois. Ce contrat est confirmé par le fait que la majorité des contrats de concession CET prévoit l'application de la loi du pays d'accueil. Il en est ainsi de l'article 3 de la loi sénégalaise N°13- 2004 relatif aux contrats CET, de l'article 2 du contrat de construction et d'exploitation de l'Aéroport de Dahab selon la formule CET et l'article 4 du contrat relatif à la construction et à l'exploitation de l'Aéroport de Marsa en Egypte. L'article 41 aussi du contrat de concession du Tunnel sous la manche prévoit que les relations entre le Traité entre la république française et le Royaume – uni relatif à la construction et à l'exploitation par les sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe transmanche.

¹¹⁹⁷ Pierre MAYER, Droit international privé. 5^e éd. Montchrestien, 1994 . pp 464 et s.

¹¹⁹⁸ Ph. FOUCHARD, La responsabilité des constructeurs en droit international privé. Rapport français aux journées égyptiennes 12-16 mai 1991 de l'Association Capitaui. Pp. 302 et 303

¹¹⁹⁹ André BRABANT. Op. cit. 1981 p.368

¹²⁰⁰ Véronique RANOUIL. op. cit. 198. p.368

¹²⁰¹ Cependant si l'existence de l'Etat ou l'une de ses entreprises publiques rend difficile l'application d'autres lois que celle de l'Etat contractant cela n'empêche pas les parties à soumettre le contrat à une autre loi, bien qu'il n'existe, quant à la détermination du droit applicable au fond, aucune différence moyenne *** que l'Etat ou l'entreprise publique sont ou non parties à un contrat internationale. La qualité des parties n'exerce aucune influence déterminante à cet égard » Ph. LEBOULANGER, op. cit. 1985 p.200

Il est alors convenable, eu égard à ces raisons que la clause de droit applicable dans le contrat CET désigne le droit interne du pays où le projet sera exécuté. Cette application du droit de l'Etat contractant n'a pas au premier chef un fondement politique ou ne découle pas de sa nature de contrat administratif mais résulte plutôt des règles de conflits de lois¹²⁰².

Relative à l'analyse de la liberté des parties lors de la détermination de la loi applicable, la question qui se pose est de savoir si l'arbitre et le juge est tenu de respecter le choix exprès des parties en cas de prévision par elles d'une clause désignant le droit applicable au contrat.

823. Une partie de la doctrine estime qu'ils sont obligés de 'prendre en considération' le choix des parties même s'il n'existe pas un lien objectif entre la loi choisie et le contrat¹²⁰³.

Mais, cette opinion donne au principe de l'autonomie de la volonté une portée beaucoup trop large¹²⁰⁴. C'est pourquoi, une autre partie de la doctrine avance que le choix des parties doit être sanctionné par l'arbitre ou le juge en vertu de la règle de rattachement lui conférant une force exécutoire¹²⁰⁵. Etant donné que l'arbitre au contraire du juge, ne possède pas de règle de rattachement, il peut en emprunter à la loi choisie par les parties¹²⁰⁶.

824. Nous nous allions à la première thèse¹²⁰⁷. A défaut, cela conduit à s'interroger sur la réalité de l'autonomie de la volonté dans les relations contractuelles considérée comme nécessaire aux commerces internationaux. Le seul cas où l'arbitre et le juge peuvent écarter la loi choisie est quand celle-ci est contraire à l'ordre public du pays du juge compétent.

En réalité, le principe de l'autonomie de la volonté placé dans le contexte du financement de projet CET comporte des avantages et des inconvénients.

En ce qui concerne les avantages, il donne aux parties la possibilité de désigner la loi la plus adaptée à leurs objectifs, et contenant des solutions leurs permettant de résoudre les litiges nés de l'exécution du projet. Le principe de l'autonomie de la volonté, qui conduit dans la plupart des cas à désigner le droit local, facilite l'exécution de la décision de la décision judiciaire ou arbitrale.

¹²⁰² Dominique BERLIN, *op. cit.* p.120-121. l'auteur souligne que « l'application des règles de conflit de loi conduit la plupart du temps à l'application de la loi de l'Etat contractant cela sans qu'il soit besoin de faire appel à une présomption en sa faveur. L'application des règles générales de conflit de lois, que celles des règles spéciales peut conduire d'une manière inéluctable à l'application de la loi de l'Etat partie au contrat, au moins à une partie de celle-ci. »

¹²⁰³ France DEBY – GERARD, *le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux* – D. 1973 p 249 ; voir aussi les sentences arbitrales N°1581 de 1971 JDI 1974. p.887 et N° 2559 de 1976. JDI p.950. Le tribunal est tenu par le choix du droit applicable fait par les parties ».

¹²⁰⁴ Dominique BERLIN, *op. cit.* 1981 p. 72

¹²⁰⁵ *Idem.* P. 71

¹²⁰⁶ Klein, *Autonomie de la volonté et arbitrage*, REC. Cours de la Haye. 1958 p.255 et surtout p.479 et 483.

¹²⁰⁷ P.Mayer, *op. cit.* 1994 p.472. L'auteur souligne que « l'existence d'une clause express de choix de la dispense de consulter d'autres éléments. Sauf fraude et à condition que le contrat soit international, le juge doit s'en tenir au choix express. »

Relativement aux inconvénients, la désignation de la loi peut conduire les parties à choisir une loi n'ayant aucun lien objectif avec le contrat. Par exemple, dans l'*Affaire ARAMCO*, l'arbitre G. SAWSER –HALL a éliminé l'application de la loi saoudienne aux motifs qu'elle ne comporte pas de dispositions régissant les concessions pétrolières¹²⁰⁸. Dans une autre affaire, l'arbitre n'a pas appliqué le droit libyen choisi par les parties sous prétexte qu'il existe une contradiction entre les principes généraux du droit libyen et ceux du droit international¹²⁰⁹.

2) L'absence de choix d'une loi

825. En cas de silence des parties sur la loi applicable au contrat, l'article 4 de la Convention de Rome établit une règle générale comportant trois hypothèses¹²¹⁰.

De prime abord, il sera appliqué au contrat la loi du pays qui présente « les liens les plus étroits avec le contrat. » Assurément, selon cet article et pour les contrats internationaux de construction selon la formule CET, la loi qui répond le mieux à cette caractéristique est celle du pays de l'exécution du projet. Du fait que l'exécution du projet CET comporte des prestations de constructions ; de transfert de technologie, de formations du personnel, de vente, de fourniture etc. il est possible de séparer une partie du contrat de son reste. La convention de Rome a pris en compte cette hypothèse en prévoyant que « si une partie du contrat de son reste. La convention de Rome a pris en compte cette hypothèse en prévoyant que « si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lieu plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays » (article 4 et 1^{er}). Mais pour « qu'une partie du contrat puisse être considérée comme séparable du reste, il faut qu'elle puisse faire l'objet d'une solution séparée, indépendante de la solution donnée aux autres éléments du contrat »¹²¹¹.

De plus dans l'objectif d'aider le juge ou l'arbitre à identifier la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat, la convention de Rome a établi une présomption, d'après laquelle « le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou il s'agit d'une société association ou personne morale, son administration centrale ».

¹²⁰⁸ Rev. Crit. DIP, 19 p.311

¹²⁰⁹ JDI, 1977 p.352

¹²¹⁰ Paul LAGARDE, Op. cit. rev crit DLP 1991 p.307

¹²¹¹ Paul LAGARDE, Op. cit. Rev crit DLP 1991, p.307

826. Appliquant cette présomption au contrat CET, le débiteur qui doit fournir la prestation caractéristique est bien évidemment la société concessionnaire responsable de la construction et de l'exploitation du projet. Mais s'il est vrai que la résidence habituelle ou, de la société de projet ne correspond pas toujours à la loi du pays de l'exécution du projet, c'est parce que la société de projet « s'est déplacée pour aller construire à l'étranger l'ouvrage objet du contrat »¹²¹².

Enfin, la dernière hypothèse qui apparaît à travers l'article 4 de la convention de Rome est l'admission du renversement de la présomption. La convention de Rome prévoit que « les présomptions des paragraphes 2, 3, 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble de la prestation caractéristique que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays » (article 45). C'est bien évidemment le cas du projet CET où l'ensemble des circonstances indique que le contrat présente des liens très étroits avec le pays du lieu d'exécution.

Il s'ensuit que la loi du contrat, soit en cas de présence d'une clause désignant la loi applicable au contrat, soit en cas de silence des parties, est la loi du pays du lieu de l'exécution du projet. En effet, l'application de cette loi en l'absence de choix et confirme par la jurisprudence arbitrale.

827. Dans une affaire concernant un contrat ayant pour objet une vente d'une installation implantée à Cuba, le tribunal arbitral a appliqué la loi cubaine « *en raison des nombreuses points de rattachement existant entre le différend et Cuba* »¹²¹³. A propos d'une autre affaire relative à la construction d'une verrerie, le tribunal arbitral a appliqué la loi du pays d'exécution de l'ouvrage aux motifs qu'elle « est la plus proche des relations des parties »¹²¹⁴.

828. Aussi dans l'*Affaire du Plateau des pyramides* où les contrats litigieux ne comportaient aucune clause expresse et particulière sur la loi applicable, les arbitres ont décidé que « *dans l'affaire en cause, la législation applicable est, à notre avis celle de l'Egypte. Les contrats ont tous deux été conclus en Egypte. Le lieu de leur exécution est presque entièrement l'Egypte.* ».

829. D'ailleurs, les pays en développement soutiennent qu'il existe, en cas d'absence de choix d'une loi, une présomption de soumission des litiges résultant des contrats conclus par l'Etat, à la loi de celui-ci¹²¹⁵. C'est le cas dans l'*Affaire Anglo-iranien* où l'Iran a réclamé

¹²¹² Ph. Fouchard, op. cit. p.305

¹²¹³ La sentence de la CCT N° 3235 rendue en 1980, citée par Ph FOUCHARD op cit

¹²¹⁴ La sentence de la CCT N°3742 rendue en 1983, Bulletin de la Cour Internationale de la CRI, décembre 1990 p.25

¹²¹⁵ Véronique RANOUIL, op. cit 1989 p.41

l'application de son droit¹²¹⁶ La sentence réaffirme solennelle le principe selon lequel « il est universellement admis en droit international privé qu'un Etat souverain est présumé jusqu'à preuve du contraire avoir soumis les engagements qu'il a conclus à sa propre loi .

L'article 42 de la *Convention de Washington créant le CIRDI* a consacré cette présomption en prévoyant « *faute d'accord entre les parties le tribunal applique le droit de l'Etat contractant parties au différend....* »

Tant en matière de marchés publics que de contrats privés, l'Etat lance l'appel d'offre « sur la base d'une infrastructure juridique solide, ainsi que de cahiers de charges et clauses administratives qui constituent aussi des contrats d'adhésion imposés par le pouvoir adjudicateur. »¹²¹⁷

B- La loi applicable aux autres contrats du projet CET

830. Si le droit local du pays d'accueil est applicable au contrat CET conformément au choix des parties on a une loi expresse, on se demande à quel droit seront soumis les autres contrats participant à la réalisation du projet. Pour répondre à cette interrogation, il convient de distinguer selon que la loi est applicable aux contrats de construction (1), au groupement d'entreprises (2) ou aux contrats *take or pay* et *supply or pay* (3).

1) La loi applicable au contrat de construction

831. Dans ce cas deux situations peuvent être envisagées : en cas de triomphe de la loi d'autonomie de la volonté des parties et en cas de silence des parties sur le choix de la loi applicable au contrat.

Dans la première hypothèse, la loi française et les lois de la plupart des pays francophones permettent aux parties au contrat de choisir librement la loi qui régira leur contrat. Cette règle joue même si le contrat se rapporte à un immeuble. Invariablement, les parties désignent le droit local pour régir leur contrat. Mais l'article 17 du nouveau Règlement d'arbitrage de la CCI de 1998¹²¹⁸, qui consacre le principe d'autonomie de la volonté, prévoit que « dans tous les cas, le Tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat et des usages du

¹²¹⁶ J. F. LALIVE, l'affaire de l'Angli Arabian Oil Co. JDI. 1953. p.706. La sentence réaffirme solennelle le principe selon lequel « il est universellement admis en droit international privé qu'un Etat souverain est présumé jusqu'à preuve du contraire avoir soumis les engagements qu'il a conclus à sa propre loi.

¹²¹⁷ André Brabant, op. cit. T. II 1996. p.709

¹²¹⁸ Entré en vigueur depuis le 1^{er} janvier. Le texte de Règlement est publié à la Rev. Arb. 1998 p.241

commerce pertinents » relativement à cet article, il existe deux tendances arbitrales. Si dans la première tendance, les arbitres ont surévalué la référence que cet article fait aux usages de la détermination de la loi applicable au contrat, surtout lorsque le contrat ne fait qu'une simple référence au règlement de la CCI¹²¹⁹, dans la deuxième, le tribunal arbitral a appliqué, à titre subsidiaire, à côté la loi choisie expressément par les parties, un certain nombre de droits mieux connus et qui sont de la même famille que celle loi choisie.

Dans l'affaire CCI, le tribunal arbitral, pour statuer sur la question de la responsabilité s'est appuyé sur les matériaux suivants : les sources libyennes disponibles, les sources égyptiennes et les principes généraux déduits de l'affaire privée dans les pays qui ont adopté l'article 1792 du code Napoléon dont les dispositions sont à l'origine de la responsabilité décennale¹²²⁰.

832. En l'absence de choix express des parties, d'après le droit franco-africain, la loi applicable aux obligations contractuelles est celle du domicile quand il est commun aux parties contractantes. A défaut d'un domicile commun, c'est la loi du lieu où le contrat a été conclu du fait de construction, aient un domicile commun, la loi applicable au contrat de construction est la loi du lieu de la conclusion de contrat. C'est la solution qui est retenue en droit égyptien.

Mais apparemment la loi égyptienne semble différente des droits franco-africains puisque celle-ci applique au contrat, en cas de silence des parties, la loi du pays avec lequel il a les liens les plus étroits. Après observation, il apparaît que les deux droits appliquent le droit du pays de l'exécution du projet car dans la majorité des cas, le lieu d'exécution du projet avec celui de la conclusion du contrat constitue un élément essentiel qui doit être pris en considération lors de la détermination de la loi applicable au contrat de construction¹²²¹.

En règle générale, la jurisprudence française est favorable en cas de silence des parties, à l'application du droit de lieu de l'exécution du projet. La Cour de cassation française à propos d'un conflit survenu en Corse entre un architecte allemand et une société française concernant l'exécution d'un contrat conclu en Corse même, ayant pour objet la construction d'un immeuble, décide d'appliquer la loi du lieu d'emplacement de l'immeuble¹²²².

833. Le principe de l'application de la loi du lieu de l'exécution des travaux n'est pas seulement accepté par la jurisprudence, mais aussi par la doctrine. Celle-ci est quasi unanime

¹²¹⁹ P. GLAVINIJS, op. cit. 1993. p.536

¹²²⁰ L'affaire CCI, N°4969 citée par P. GLAVINIS, op. cit. 1993 p.527

¹²²¹ Paris 27 Septembre 1980. Bangeham, (Thaïlande contre spire Bastingalles, JDI, 1981 p385

¹²²² Cass. 1^{ère}. 15 mars 1982. Wolfgang Lahaye, Bull. ariI. N°223 ; JDI 1983 P.402 Note RAHN

sur l'application de cette loi¹²²³. M. Vincent HEUZE propose un certain nombre de solutions en cas de silence des parties. En général, il est favorable pour les accords portant sur les immeubles, à l'application de la loi du lieu de leur implantation¹²²⁴. Cependant, l'auteur distingue selon que l'entrepreneur prend l'initiative de proposer¹²²⁵ ses services au maître de l'ouvrage ou il se borne à répondre à la sollicitation de celui-ci. Dans ce dernier cas, le contrat devra être régi par la loi de la résidence habituelle de l'entrepreneur puisqu'il a été rédigé en considération de la loi de l'entrepreneur sollicité. Au contraire, dans la première hypothèse, la loi applicable pourrait être la loi du lieu d'implantation de l'immeuble¹²²⁶. En effet, ces solutions sont rarement envisageables dans la pratique. Car les offres spontanées n'existent que dans la pratique. Mais aussi du fait que l'objet du contrat de construction conclu à propos de la réalisation du projet CET porte sur les travaux publics. Ce contrat soumis à de nombreuses règles dites règles de police et règles d'applications immédiates. C'est ce qui rend difficile l'application d'une loi autre que celle du lieu de l'exécution du projet CET.

2) La loi applicable au contrat du groupement d'entreprise

834. A ce propos, une série de question se pose ; et la réponse à celles-ci nous aide à déterminer la loi applicable à ce contrat. Tout d'abord, est-ce que le groupement a un caractère statuaire ? Est-ce qu'elles sont établies dans le même pays ou dans des pays différents ?

Relativement au statut du groupe ; les parties du groupement ont la possibilité de choisir l'une des forme juridiques du droit du pays d'aceuil comme la société en participation prévue en droit OHADA ou en droit français, la joint venture du droit américain, le *partnership* de droit anglais, l'association momentanée d'entreprises de droit belge, la société anonyme et la société à responsable limitée du droit égyptien, consortium de droit italien, et *BGB Genelschft* de droit allemand. Dans ce cas, les relations entre les entreprises seront régies par le droit applicable à la nouvelle forme juridique¹²²⁷. Le groupement prend une forme statuaire. C'est-

¹²²³ J.P. REMERY, Remarque sur le conflit des lois applicables au contrat internationales de construction d'immeuble. D. 1995. P.295

¹²²⁴ Vincent Heuze, La réglementation française des contrats internationaux GLN. Paris 1990 P.281

¹²²⁵ C'est une possibilité réelle en matière de contrat en BOT où l'Etat peut recevoir de la part des promoteurs privés des offres spontanées.

¹²²⁶ Idem, p.253 note 60

¹²²⁷ P. Glavinis, op. cit. 1993 p.550

à-dire une forme contractuelle, les parties en règles générales sont libres de choisir la loi qui sera heurté à aucune règle d'ordre public.

L'article 2 de la Convention de Rome veille à cette liberté de parties. Par contre à défaut d'un choix, le contrat sera soumis à la loi du pays avec lequel le contrat « présente les liens les plus étroits.

Quand le contrat du groupement a été conclu entre des entreprises ayant la même nationalité, le contrat devrait être gouverné par la loi nationale commune. Ainsi, les tribunaux arbitraux avaient l'occasion d'appliquer ce principe à propos, d'un différend opposant de sociétés italiennes chargées de construire une route dans un pays d'Afrique.

L'arbitre italien avait jugé que la loi italienne est applicable¹²²⁸. Alors que c'est la loi d'exécution du projet CET (le droit local où les parties du groupement établiront le siège de celui-ci) qui devrait être appliquée si le groupement a été constitué entre les entreprises n'ayant pas la même nationalité.

C'est la solution retenue par le tribunal arbitral de Paris à propos d'un différend opposant une entreprise sud-africaine demanderesse à une entreprise allemande défenderesse. La première « déclare que le contrat principal est que, d'après le droit international privé allemand et sud-africain, la *proper law* du contrat principal dans cette hypothèse, sans aucun doute le droit sud-africain régit également le contrat accessoire à moins que les parties n'aient exprimé une intention différentes ». L'entreprise demanderesse prétend que l'entreprise allemande (défenderesse) ne s'était pas acquittée de l'ensemble de ses obligations telles que fixées par le contrat de consortium. Le consortium a été créé dans le but de soumettre une offre relative à la construction d'un terminal pour minerais en Afrique du Sud. Le tribunal arbitral a fini par appliquer la loi du siège du consortium, en tant qu'indice prépondérant de son centre de gravité¹²²⁹.

Dans une autre affaire qui a opposé une société égyptienne (demanderesse) à une société française (défenderesse) membre du consortium qui avait été constitué pour exécuter un contrat relatif l'extension d'une fabrique de ciment en Egypte, le tribunal a appliqué le droit égyptien¹²³⁰.

3- La loi applicable aux contrats *Supply or pay* et *Take or pay*

¹²²⁸ Affaire CCI N°4467. sentence rendue en 1984, JDI. 1984 p.925. obs. Derains

¹²²⁹ Affaire CCI N°3043. Sentence rendue en 1978, JDI 1979, p. 1000. obs. Derains.

¹²³⁰ Affaire CCI N° 5346 Sentence rendue en 1988. JDI 1989. pp. 1060 et S.

835. Ces contrats sont conclus entre l'autorité concédante et la société de projet. Dans les projets de production d'énergie, du fait de l'unité des parties, les clauses de la loi applicable sont unifiées. Ces clauses désignent la même loi. C'est le cas des projets Sidi Krir et Gulf Suez où les articles sur la loi applicable aux contrats CET, *Supply or pay Take or pay*, désignent le droit égyptien pour gouverner les litiges résultant de l'exécution de ces contrats. En l'occurrence la désignation de la loi applicable à ces contrats soumis aux mêmes règles que le contrat CET.

Sous paragraphe II : La loi applicable à la sphère financière

836. A ce stade, la loi applicable au contrat du syndicat bancaire et des sûretés et celle de l'intervention d'une troisième personne souvent une banque, retiendra notre attention.

A- La loi applicable au contrat de financement

837. Dans la pratique, les clauses qui déterminent la loi applicable aux prêts syndiqués revêtent une grande importance.¹²³¹ Théoriquement, les parties au contrat de prêt, c'est-à-dire le syndicat bancaire, et la société de projet, sont libres de choisir le droit qu'elles jugent applicable au contrat. Mais, en principe, les choses ne se déroulent pas de la même manière, et elles se présentent fréquemment sous différentes formes. Dès lors, il convient de faire une présentation sommaire de la loi applicable au contrat de prêt et au syndicat bancaire.

1) La loi applicable au contrat de prêt

838. Selon Oscar RUIZ DEL RIO, le contrat de prêt syndiqué est un contrat international, donc affecté par la question de la validité du choix d'une loi n'ayant aucun lien avec le contrat et la détermination de la loi applicable en cas de silence des parties¹²³².

Relativement à la détermination de la loi applicable au contrat de prêt syndiqué, trois lois différentes sont en cause : la loi de l'emprunteur, la loi de la banque chef de file et la loi des banques membres du syndicat.

¹²³¹ Ruiz del Rio Oscar, Arbitration clauses in international loans. *Journal of Arbitration*, N°1987, p. 62

¹²³² Idem, p. 60.

L'application de la loi de l'emprunteur (la société de projet) se heurte aux conséquences de la situation de nationalité différentes des actionnaires de la société de projet. C'est ce qui rend l'application de la loi de l'un des actionnaires illogique. D'ailleurs, la pluralité des nationalités des banques membres du syndicat constituent un obstacle à l'application de la loi des banques participant au syndicat.

839. En définitive, on estime que la loi applicable au contrat de prêt entre la société de projet et le syndicat est celle du chef de file. Cela évite la difficulté découlant de la pluralité des nationalités des banques composant le syndicat d'un côté, et de l'autre côté, l'application de la loi de la banque chef de file est logique dans la mesure où celui-ci est responsable de la constitution du syndicat et du déroulement des prêts.

Nous estimons, que l'application de cette loi est conforme à la solution adoptée par la Convention de Rome qui exige, en cas de défaut de choix, l'application de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, son administration centrale s'il s'agit d'une société. On croit que la partie qui fournit la prestation caractéristique est la banque chef de file.

839. Quelle que soit la loi applicable au contrat de prêt, il existe un certain nombre de questions qui ne sont pas soumises à la loi du contrat. Ainsi, la plupart des législations nationales et les conventions internationales appliquent à la capacité la loi du statut personnel. Cependant, l'application de cette règle aux personnes morales est controversée¹²³³. Ce qui prouve cela c'est l'article 12 de la Résolution approuvée par l'Institut de Droit International à sa session de Varsovie en 1965, selon laquelle, « dans le cas de contrats conclus dans un pays autre que celui de la constitution, la société impose au pouvoir de représentation de l'organe qui a conclu le contrat est conclu et si le cocontractant pouvait raisonnablement ignorer les dispositions de la loi. » D'autre part, le statut de la monnaie est régi impérativement par la loi du pays qui a émis cette monnaie¹²³⁴. Enfin, à ces règles qui échappent à la loi du contrat s'ajoute toute règle d'application immédiate contenue dans le droit du pays de l'exécution de la convention de prêt (le pays de l'exécution du projet CET).

¹²³³ Van HECKE, Crédits bancaires internationaux et conflits de lois. DPCI. N° 4 1977, p. 498.

¹²³⁴ Idem p. 499

2) La loi applicable aux rapports entre les banques membres du syndicat

840. Comme le souligne à juste titre M. BADICATI DI BROZOHO, les rapports entre ces banques et l'entrepreneur¹²³⁵. Cependant, compte tenu de la nécessité de regrouper des banques appartenant à des pays différents pour les financements de projet CET, la banque chef de file : pour de simples raisons de syndication, peut écarter l'application de sa loi. Une telle attitude se justifie par le fait que la banque chef de file ne voudrait pas se priver de la participation de banques étrangères a priori plus familières des droits anglo-saxons.

B – La loi applicable aux contrats de garantie

1°) La loi applicable aux sûretés de droits communs

841. Contrairement à la détermination de la loi applicable aux biens corporels où le principe de territorialité s'applique aisément, sauf difficultés de fait, la détermination de la loi applicable aux créances n'est pas facile dans la mesure où leur localisation est controversée¹²³⁶. Les sûretés les plus importantes issues du droit des obligations qui suscitent un des difficultés sont la cession de créance et la délégation¹²³⁷.

Relativement à la loi applicable à la cession de créance, elle dépend du choix, opéré par les parties dans le double rapport contractuel résultant de la cession de créance. La difficulté en cette matière se pose surtout en cas de silence des parties. La société de projet cède ses créances détenues sur les utilisateurs de services (souvent l'autorité concédante) aux banques prêteuses moyennant le mécanisme de la cession de créance. La cession de créance suppose donc l'existence de deux contrats : le contrat de cession conclu entre la société de projet (le cédant) et les banques prêteuses (les cessionnaires...), et le contrat originaire, c'est-à-dire le contrat de vente dite *take or pay* passé entre l'autorité concédante et la société de projet.

842. Aux termes de l'article 12 de la convention de Rome, le contrat de cession est un contrat ordinaire. Par conséquent, il est soumis à la loi déterminée par la convention de Rome. En revanche, selon le paragraphe 2 de l'article 12, les questions se rapportant à la

¹²³⁵ Luca G. RADICATI DI BROZOLO. La loi applicable aux contrats inter-bancaires selon la convention de Rome du 19 juin 1980, in *La Convention de Rome, un nouveau droit international privé européen des contrats. Application aux opérations bancaires*. Colloque international AEDBF J-6 Décembre 1991 Paris. Banque et Droit, hors série 1993 p. 32

¹²³⁶ François GIANVITTI, le contrôle des changes étrangers devant le juge national, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 499.

¹²³⁷ Voir *supra* N°

transmission de la créance sont soumises à la loi de la créance cédée, c'est-à-dire de la créance originaire. Celle-ci, dans le financement du projet CET, constitue la créance que possède la société de projet auprès des utilisateurs de services du projet. Dans la mesure où la créance cédée, dans la mesure où la créance cédée, dans la majorité des cas, sera transférée dans un compte spécial, il convient d'appliquer la loi de la banque qui gère ce compte. La loi de cette banque (siège ou succursale) est la *lex contractus*.

Il existe une dualité de règles applicables dans les rapports entre la société de projet (cédant) et les banques prêteuses (cessionnaires), et entre les banques prêteuses (cessionnaires) et les utilisateurs et acheteurs (débiteurs). Cette dualité se justifie par le double effet des contrats de cession. Elle a conduit la doctrine et la jurisprudence française à reconnaître à la loi du domicile du débiteur cédé une vocation d'application résiduelle lors de la détermination des conditions d'opposabilité du contrat de cession aux tiers¹²³⁸. La cour d'Appel de Paris s'est prononcée en faveur de l'application de la loi du domicile du débiteur aux conditions d'opposabilité du contrat de cession aux tiers en disant que : « conformément aux règles françaises de conflit de lois, la loi applicable aux mesures de publicité relatives à une cession de créance est dans l'intérêt du crédit public, la loi du domicile du débiteur cédé. »¹²³⁹ Quoiqu'il en soit, cette durabilité ne doit pas constituer un obstacle dans la pratique, car les deux opérations relatives respectivement au contrat de vente (contrat originaire) et au contrat de cession sont bien distinctes.¹²⁴⁰

La loi applicable à la créance cédée permet de déterminer le caractère cessible de cette créance¹²⁴¹, les rapports entre les banques cessionnaires et les utilisateurs et les acheteurs (débiteurs) des services et des produits générés par le projet, les conditions d'opposabilité de la cession aux débiteurs¹²⁴².

Cependant, dans le cas de financement de projet CET, la détermination de la loi applicable se heurte à deux difficultés.

843. Le recours à la cession Dailly peut constituer un obstacle à l'identification de la loi. En effet, l'utilisation de celle-ci suppose absolument l'application de la loi française aux

¹²³⁸ Cour d'appel de Paris « Février 1969, JDI.1969p. 918 note P. KAHN : Rev. Crit DIP 1970 p. 459 note DAYANT ; D : 1970, p 552 note LARROUMET

¹²³⁹ Cour d'appel de Paris 27 septembre 1984. JDI. 1985 note DIENER

¹²⁴⁰ Hélène GAUDEMET-TALLON, *Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaire de la convention CEE N° 80 / 934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980. RTD Com 1981 p 275.*

¹²⁴¹ C'est la loi de la créance qui détermine, en effet, dans quelles conditions les créances sous conditions résolutoire ou suspensives ou les créances futures, sont cessibles.

¹²⁴² C'est la loi de la créance qui détermine si une signification ou non est requise au débiteur.

rapports entre les banques prêteuses (cessionnaires) et la société de projet (cédant), et aux rapports entre les banques prêteuses (cessionnaires) et les utilisateurs et acheteurs (cédés). Cette loi confère la qualité de propriétaire de la créance cédée aux banques prêteuses dès la dotation du bordereau. Donc, l'application d'une loi ignorant le système Dailly prive les banques prêteuses de cet avantage, et leur oblige à procéder à la notification de la cession de créance aux débiteurs selon la loi applicable. L'autre difficulté vient de l'inopposabilité de déterminer la loi applicable à la créance au moment de la cession en cas de cession anticipée d'une créance, ce qui met en doute l'application de la loi de la créance prévue à l'article 12 de la Convention de Rome.

Quant à la délégation, la loi applicable est celle choisie par les parties. A défaut, la détermination de la loi applicable nécessite le recours au principe établi par l'article 4 de la Convention de Rome, selon lequel, « le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

Pour faciliter la mise en œuvre de ce principe, il est nécessaire de se fonder sur la présomption établie par l'article 4.2. Dès lors, la loi applicable est la loi du pays de l'exécution du projet. Le contrat présente les liens les plus étroits avec la loi de ce pays dans la mesure où la société de projet (le délégant) qui fournit, à notre avis, la prestation la plus caractéristique, a sa résidence permanente dans ce pays.

La société de projet a été constituée spécialement pour achever le projet en cause. Au contraire, si la société de projet est une filiale d'une société mère, c'est la loi de la résidence permanente de la société mère qui sera appliquée.

2°) La loi applicable aux sûretés

844. S'il est vrai que dans la sphère contractuelle du projet CET, le principe de l'autonomie de la volonté se trouve prioritairement, en règle générale, appliqué, il fait tout de même place à la règle de la loi applicable à la situation des biens grevés, la *lex rei sitae*. Il est alors naturel de faite application de la loi du pays d'exécution du projet en raison de ce que c'est, dans ce pays les biens et les actifs du projet se situent. La loi de ce pays sera alors appliquée aux différentes sûretés mises en place.

Toutefois, l'application de cette loi dans le financement de projet CET se heurte à des différentes. Il urge, par conséquent, de prendre en considération un certain nombre de contraintes. Ces dernières peuvent avoir deux sources différentes¹²⁴³.

La première difficulté réside dans la modification de la consistance des biens grevés¹²⁴⁴, alors que la deuxième vient du déplacement géographique des biens faisant l'objet des sûretés lorsque l'acheteur ou l'utilisateur des produits et des services générés par le projet est situé dans un pays autre que le pays où le projet se déroule.

Pendant la période de construction, l'assiette des sûretés est basée sur les immeubles situés dans le pays d'accueil. Dans ce cas, il n'y a aucun problème pour l'application de la loi relative à la situation des biens grevés. Mais le problème se pose au cours de la période de l'exploitation du projet dans la mesure où les biens grevés se transformeront en immeubles incorporels.

A ce niveau, on se demande quelle loi sera appliquée ? Est-ce-que la loi qui gouvernait les sûretés pendant la période de la construction doit toujours être appliquée à la créance nouvelle, assiette des sûretés ?

Aux Etats-Unis, la question ne se pose pas. L'article 9 – 103 du Code de commerce Uniforme a établi une règle de rattachement pour chaque catégorie de biens.

Dans ce sens, les articles 1 et 3 distinguent les biens ordinaires qui sont soumis à la loi de la situation des biens grevés des créances qui sont gouvernées par la loi du débiteur principal. La situation des biens mobiliers et du débiteur principal dans le pays d'accueil du projet recommande l'application de la loi de ce dernier à la sûreté.

En France et dans les pays francophones, pour justifier l'application de la loi de la situation des biens grevés, les juristes essaient de localiser la créance assiette de la sûreté. M. Georges KHAIRALLAH suggère le rattachement du lien de la créance à la loi qui gouverne la convention lui ayant donné naissance : « appliqué au gage des créances le système de NIBOYET conduit à soumettre à la loi de la créance la question de savoir si celle-ci peut faire l'objet du gage »¹²⁴⁵. Par conséquent, la loi applicable au contrat de vente ou d'utilisation dit *Take or pay* ayant donné naissance à la créance sera appliquée.

Le déplacement géographique des biens grevés nous conduit à s'interroger sur la loi qui sera appliquée : Est-ce la loi du pays d'origine ou bien la loi de la situation nouvelle¹²⁴⁶.

¹²⁴³ Pascal DENIASS. op. cit Thèse Dijon, t990, pp 145

¹²⁴⁴ Il peut s'agir de transformation d'actifs corporels en actifs incorporels.

¹²⁴⁵ George KHAIRALLAH, Les sûretés mobilières en droit international privé. *Economica* 1984 p 241

¹²⁴⁶ Pascal DENIASS. op. cit. Thèse DIJON 1990 p 157

D'après la *floating*¹²⁴⁷ *charge* du droit anglais, il semble que la jurisprudence britannique est favorable à l'application de la loi du pays d'origine de la sûreté. Elle avait eu l'occasion de se prononcer sur la validité d'une *floating charge* constitué par une société écossaise sur ses biens situés en Angleterre. Le juge a appliqué, non pas la loi de la situation des sûretés mais la loi de la situation de la société débitrice, c'est-à-dire la loi du Pays d'origine.¹²⁴⁸

En France, il apparaît que la Cour de Cassation a adopté le principe de l'application de la loi de la situation nouvelle : « la loi française est seule applicable aux biens mobiliers situés en France ¹²⁴⁹ ». L'application de cette loi suppose qu'elle recouvrait la sûreté constituée dans le pays d'origine, et que le juge après avoir identifié une institution équivalente applique les règles de cette institution à la sûreté¹²⁵⁰.

L'application de la loi de la *Lex rei sitae* aux sûretés établies dans le financement du projet CET impose aux parties intervenant de prendre en considération les règles de sûretés de la loi du pays d'accueil.

Ces sûretés doivent être élaborées conformément à ces règles. Cependant, dans le cas où la loi du pays d'accueil n'aurait pas une institution comparable à celle établie par les parties, comme le *floating charge* par rapport à la loi du pays d'accueil (un pays africain francophone par exemple), il sera convenable d'écarter l'application de la loi de la situation des biens grevés en faveur de la loi reconnaissant la sûreté en cause.

3°) La loi applicable aux sûretés bancaires

845. En matière de financement de projet CET, il est de pratique de faire appel aux techniques de garanties dites garanties à première demande ou automatique¹²⁵¹. Elles sont destinées à garantir l'exécution des obligations contractuelles imposées aux parties du projet dans ses différentes phases. La banque garante ne peut soulever aucune exception relative à l'existence ou à la validité de la créance garantie.

Les garanties, en l'occurrence, mettent en cause trois personnes : la banque garante, le bénéficiaire et le donneur d'ordre.

¹²⁴⁷ Voir supra p.

¹²⁴⁸ Laurence COLLINS, *Floating charge, receivers and managers and the conflict of laws*. *International Comparative Law Quarterly*. 1978 p 691 cité par Pascal DENIAU, op. cit. 1990. p 157

¹²⁴⁹ Cass air 24 Mai 1933. Sirey 1935 p 247 note Battifol.

¹²⁵⁰ Michel CABRILLAC, *La renaissance en France des sûretés réelles sans dépossessions constituées à l'étranger*. *Rev. Crit. DIP* 1979 p 487

¹²⁵¹ Voir supra p.

En fait, la situation ne pose aucun problème lorsque les parties choisissent expressément la loi applicable. En effet, ce choix doit prendre en considération l'indépendance du contrat de garantie par rapport au contrat de base, « une clause de choix de la loi applicable dans ce contrat de base serait inopérante au niveau de la garantie ». ¹²⁵² A défaut de loi, la loi de la banque garante peut être considérée comme étant la loi implicitement choisie par les parties car dans la pratique bancaire, les banques ont l'habitude d'utiliser des contrats et des conditions générales standardisées dans lesquelles elles montrent leur volonté de soumettre le contrat à leur propre loi. ¹²⁵³

846. Par contre, l'absence de choix d'une loi applicable au sens de l'article 3 de la convention de Rome rend la situation un peu complexe. Cette complexité a pour source la pluralité des relations suscitées par la mise en place de la garantie : la relation entre la banque garante et le donneur d'ordre, entre la banque garante et le bénéficiaire, celle de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, celle entre la banque contre – garante et la banque garante de premier rang et enfin la relation entre le bénéficiaire et la banque contre – garante.

847. En face de cette situation complexe, il semble que la jurisprudence et la doctrine sont favorables à l'application de la loi du pays où se situe l'établissement bancaire accordant la garantie. ¹²⁵⁴ Au cas où une banque de premier rang reste toujours la loi du pays où réside l'établissement bancaire qui a donné cette garantie, alors que la loi applicable à la contre-garantie sera celle du pays où se trouve l'établissement de la banque contre-garantie.

Cette solution a été adoptée par la Cour d'appel de Luxembourg dans son arrêt rendu le 16 Mars 1983 en ces termes, « La garantie est régie par des règles autonomes et, à ce titre, le droit applicable à cette sûreté n'est pas forcément celui du créancier. En l'absence de volonté exprimée, le contrat se rattache davantage au droit de celui qui fournit la prestation caractéristique, en l'espèce au droit de l'Etat dans lequel la banque contre garante a son domicile habituel. » ¹²⁵⁵

848. En réalité, la solution adoptée par la jurisprudence, acceptée par la doctrine, en faveur de la loi du pays où est domicilié l'établissement bancaire accordant la garantie correspondante, est conforme à celle de la Convention de Rome. La banque donnant la

¹²⁵² Michel PELICHET, Garanties bancaires et conflit lois. RDAI N° 3 1990. p 342

¹²⁵³ Richard WHISH, Les engagements unilatéraux bancaires et la convention de Rome in la Convention de Rome, un nouveau droit international privé européen des contrats : application aux opérations bancaires, colloque international AEDDF 5 – 6 décembre 1995 Paris, Banque – Droit hors série 1993 p 38.

¹²⁵⁴ LOUSSOUARN et BREDIN, op. cit. 1969. p 647 ; GAVALDA et STOUFFLET, La lettre de garantie internationale, RTD com 1980 p 1 et S ; Jean Pierre MATOUT, Droit bancaire international ; 2^{ème} éd. Revue Banque éditeur 1996 p 8 note 2.

¹²⁵⁵ Cour d'appel de Luxembourg 16 Mars 1983 - A. 1983 p 299. obs. VASSEUR.

garantie fournit la prestation caractéristique. En effet, quelle que soit la qualification du contrat de garantie en un contrat unilatérale ou bilatéral, la banque doit toujours fournir la prestation caractéristique.¹²⁵⁶

Section II : La vocation des lois de police¹²⁵⁷

849. Dans la sphère précontractuelle, contractuelle et financière du projet CET la détermination de la loi applicable est rendue possible et relativement facilitée par le recours aux règles de conflit de lois du droit international privé.

Cette méthode conflictualiste peut se révéler catastrophique ou entraîner dans des dédales inextricables de problèmes juridiques dans des domaines où elle est alors inadéquate.

Il s'agit surtout du champ d'application de certaines règles qui doivent être appliquées aux différents aspects du projet CET quelle que soit la loi applicable au contrat lui-même. Ces règles sont dites règles d'application immédiate. La nécessité de leur application impose aux parties intervenant au projet de les prendre en considération pendant l'établissement de la structure financière et contractuelle. Elles imposent également au juge compétent de leur donner plein effet, abstraction faite de la loi applicable au contrat¹²⁵⁸.

Leur application devrait être en principe naturelle. Les problèmes ne posent que si une loi étrangère est aussi applicable au contrat dans la mesure où l'applicabilité du droit local suppose que celui-ci comporte automatiquement les conditions de son effectivité. Son importance et ses répercussions sur le déroulement du projet CET nous amène à étudier les

¹²⁵⁶ Franco BONNELI, La convention de Rome de 19 juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires. RDAI N° 3 1985 pp. 390 et 391.

¹²⁵⁷ Les lois de police constituent une véritable méthode de détermination de la loi applicable. C'est d'ailleurs pour Franceseckis, un « unilatéralisme partiel » (V. Quelques précisions sur les « lois d'applications immédiates et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, op. cit. p. 16 et P. Golhot, Le renouveau de la tendance unilatéraliste, op. cit. p. 212 et S. Cette qualification ne recueille pas l'avis de Pierre Mayer pour des raisons fondées sur la définition adoptée par cet auteur. La doctrine a distingué trois critères pour caractériser les lois de police : le critère fonctionnel, le critère rationnel et le critère formel. Selon le critère fonctionnel, proposé par Franceseckis, les lois de police sont celles « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays » (Franceseckis, op. cit. n° 137). V. Heuzé n'adhère pas à cette conception car, pour lui, l'organisation de la société est la vocation de toute règle de droit. La particularité des lois de police n'apparaît pas dans la définition donnée par Franceseckis (Heuzé, op. cit. p. 173). D'après le critère rationnel, les lois de police s'appliquent parce qu'elles sont « nécessaires ». Fadlallah a même pu affirmer que ce critère résidait dans le lien qui unit sa tenor à son domaine dans l'espace (dans, La famille légitime en droit international privé, Dalloz, 1977, p. 124). Il poursuit que « il n'y a de loi de police que lorsque l'efficacité de l'ordre légal est conditionnée par le champ d'application qui lui est reconnu dans l'espace » (Fadlallah, op. cit. 130 ; Holleaux, Foyer et de la Pradelle Droit international privé, p. 318). Selon le critère forme, constituent lois de police, celles qui fixent expressément leur propre domaine d'application ou domaine de compétence.

¹²⁵⁸ M Vincent Heuzé estime qu'il y a « nécessairement cumul, mais aussi hiérarchie des méthodes, la primauté étant donnée à la méthode des lois de police » (Henze, La réglementation française des contrats internationaux, GLN éditions, 1990, p. 172) . M Golhot abonde aussi dans ce sens (Golhot, op. cit.)

règles d'application immédiate dans le droit du pays d'accueil (paragraphe I) et les règles d'application immédiate dans le droit étranger (paragraphe II).

Paragraphe I. Les règles d'application immédiate dans le pays d'accueil du projet

850. La notion de « règle d'application immédiate » est une formulation doctrinale. En droit international privé, elle ne constitue pas un phénomène nouveau. De nombreuses références aux lois de police du for mais aussi aux lois de police étrangères sont faites en matière de conflit de lois. Déjà, SAVIGNY lui-même en était conscient, puisqu'il estimait qu'il convenait d'admettre certaines exceptions au jeu normal des règles de conflits, et que les premières de ces exceptions était la catégorie des « lois d'une nature strictement positive et obligatoire qui, en raison même de leur nature, ne sont pas susceptibles de ce libre traitement indépendant des frontières des différents Etats ». De même, en 1966, dans son célèbre article intitulé : « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois »¹²⁵⁹, M. FRANCESKAKIS manifestait déjà son étonnement devant l'accueil que la doctrine avait réservé à la catégorie de règles qu'il avait aussi découverte huit ans auparavant¹²⁶⁰. Les règles d'application immédiate sont ainsi appelées « lois de police »¹²⁶¹.

Selon M. FRANCESKAKIS, les lois de police seraient des lois intervenant dans les domaines « pris en charge par l'organisation étatique¹²⁶² », des lois « dont l'application est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique¹²⁶³ ».

Pour P. MAYER, sont considérées comme « Lois de police » « toutes les règles qui ne sont organisatrices qu'à travers le comportement qu'elles imposent aux particuliers ». ¹²⁶⁴ En

¹²⁵⁹ Rev. Crit. DIP. 1966 p. 1. et s

¹²⁶⁰ Voir à ce sujet. La théorie du renvoi, Sirey 1958. L'auteur précisait que la formulation qu'il avait alors donné à la notion était « improvisée et uniquement descriptif » dans le seul but de rendre compte du comportement d'une certaine jurisprudence qui plutôt que de chercher la solution d'un litige dans les normes substantielles de la loi désignée par la règle de conflit, prétend découvrir directement dans le droit interne, des dispositions considérées « applicables immédiatement ».

¹²⁶¹ La catégorie de « lois de police » n'est pas homogène. Une proposition faite par une partie de la doctrine (G. SPERDUTI, Droit international privé et droit public étranger, JDI, 1977, S 911 ; P. MAYER, op. cit. , JDI 1981, p. 301) consiste à isoler, au sein de la catégorie des lois d'application immédiate, les normes de droit public et à leur opposer les lois d'application immédiate de droit privé (celle qui définissent impérativement le contenu du contrat)

¹²⁶² FRANCESKAKIS op. cit. Rev. Crit. 1966 p. 1 et s

¹²⁶³ FRANCESKAKIS, Lois d'application immédiate et droit du travail : l'affaire de Comité d'entreprise de la Compagnie des Wagons-Lits Rev. Crit. DIP 1974 p 273 et S. L'auteur a manifesté un intérêt à l'expression « Lois d'application immédiate » que pour celle de « Lois de police »

¹²⁶⁴ P. MAYER. Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, Rev. Crit. 1975 p. 2. 209 et 415, spéc. P 234.

d'autres termes, la règle d'application immédiate est une règle qui « doit être appliquée selon l'Etat qui l'a édictée, à toutes les relations juridiques présentant un lien donné avec lui, et qui rend pour cela compétent l'ordre juridique auquel elle appartient lorsque cette compétence ne résulte pas de la règle de conflit de lois ». ¹²⁶⁵ Cette prééminence de la règle se justifie par une volonté du législateur de lui donner une application plus large que celle désignée sur la base de la règle de conflit et de la volonté de l'Etat d'imposer à ses nationaux des obligations ou en vue de leur assurer une protection indispensable aux relations juridiques. ¹²⁶⁶ Pour apprécier la notion, nous délimiterons le domaine des règles d'application immédiate dans le droit du pays d'accueil du projet (Sous paragraphe I) et les effets de l'existence de ces règles. (Sous paragraphe II)

Sous paragraphe 1 : Le cadre d'influence des règles d'application immédiate dans le droit local

851. Quel que soit le lien d'exécution du projet, il existe toujours certaines règles qui doivent impérativement être appliquées. Ces règles sont relatives aux réglementations de la concession et des autorisations administratives, financières, du travail, fiscales et douanières. Malgré le fait que ces règles soient applicables même si le contrat ne le stipule pas les parties du projet, dans les différents contrats, tiennent à prévoir expressément l'application de telles règles.

A – Les autorisations administratives ¹²⁶⁷

852. A l'occasion de l'octroi d'un droit de concession, les règles qui organisent les procédures en la matière s'imposent à l'Etat ou l'entreprise publique lorsqu'ils concluent un contrat CET avec une société étrangère. Certains pays comme l'Egypte, imposent pour conférer à la société concessionnaire un droit de concession d'avoir une décision du Conseil des Ministres. ¹²⁶⁸ D'autres pays interdisent l'octroi de droit de concession relative à

¹²⁶⁵ Pierre MAYER, les lois de police étrangères. JDI 1981 p 287. Voir aussi POMMIER J.C. Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international conventionnel. Economie 1998 p 190.

¹²⁶⁶ P. MAYER. Op cit. 1981, p 288. ; J.M. JACQUET. Principe d'autonomie et contrats internationaux. Economica. 1983 p 270. N° 409

¹²⁶⁷ Les autorisations administratives sont de la catégorie de l'acte unilatéral de la puissance publique. (Soc. 28 Fcv. 1947. D. 1947. 212)

¹²⁶⁸ Cette exigence est édictée par toutes les lois adoptant le système CET en Egypte pour la construction d'autoroute, d'aéroport et de centrale électrique.

l'exploitation de la fortune pétrolière comme la loi supérieure N° 133 de 1964.¹²⁶⁹ Ils sont également obligés de respecter les procédures de conclusion de contrat d'Etat, surtout en ce qui concerne la sélection de la société concessionnaire. Conformément à la loi égyptienne N° 89 de 1998 sur l'adjudication, la partie étrangère contractante doit être sélectionnée à la suite d'un appel d'offres.¹²⁷⁰ De plus, les règles se rapportant aux autorisations administratives doivent être strictement prises en considération. De telles autorisations sont nécessaires à l'entrée en vigueur du contrat CET.¹²⁷¹ Parmi ces autorisations auxquelles doivent se conformer les parties des différents contrats, on peut citer les autorisations de constructions. Elles ont pour vocation d'être appliquées sur le territoire du pays d'accueil. La réglementation sur la construction oblige les parties à suivre les règles d'obtention de permis de construction de sécurité, normes de l'environnement, de l'hygiène et de l'acquisition de terrains, etc.

Au Sénégal, l'Agence pour la Promotion des Investissements et des grands travaux (APIX) ou l'Organisme Public de l'investissement en Egypte sont, par exemple obligés de faciliter ou de solliciter ces autorisations auprès de l'autorité compétente. Conformément aux conditions du Silver Book, la Société concessionnaire ou société de projet maître de l'ouvrage est tenue d'avoir ces autorisations. Pour les règles concernant l'opération de construction dans le cadre du projet CET ayant une vocation territoriale, les règles gouvernant la responsabilité du constructeur diffèrent selon qu'on est en présence d'un tiers ou de l'Etat en tant que contractant.¹²⁷² En ce qui concerne la responsabilité du constructeur auprès du tiers, selon la loi française N° 78 – 12 du 4 Janvier 1978 la responsabilité vis-à-vis d'un tiers acquérant l'immeuble construit en France sera soumise à cette présente loi quelle que soit la loi applicable au contrat.

Quant à sa responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage, les règles se rapportant à la garantie dite parfait achèvement, aux garanties biennales et décennales doivent être appliquées en leur qualité de règles d'application immédiate. A cela s'ajoute l'article L.241 – 1 du code des assurances françaises (Article 200 à 217 code CIMA) se rapportant à l'assurance obligatoire.)

¹²⁶⁹ Journal officiel Syrien N° 6534. 1964.

¹²⁷⁰ L'exception permet dans certains cas de recourir à la procédure du marché de gré à gré.

¹²⁷¹ Voir *supra*. P.

¹²⁷² Ph. FOUCHARD, son rapport aux journées égyptiennes de l'Association Henri Capitant. Op cit. 1999 p. 307 et 308.

B – La réglementation financière

853. Elle constitue une partie importante des règles d'application immédiate. En effet, chaque pays établit un système de contrôle de change des opérations effectuées entre résidents et non-résidents. Cette réglementation a pour objectif de mettre à la disposition de l'Etat une masse satisfaisante de moyens internationaux de paiement, soit en obligeant leurs détenteurs à les céder à l'Etat, soit en limitant ou interdisant leur transfert à des non-résidents.¹²⁷³ Toutes les opérations relatives à la sortie du territoire national d'avoir possédé par des résidents ou situés dans le territoire national sont impérativement soumises à la réglementation du pays d'accueil. Or, les parties au projet CET surtout les banques prêteuses et la société de projet ne sauraient être en mesure de se soumettre à cette réglementation jugée plus appropriée pour leurs opérations de change. Elles ne sont les seules ; le juge du contrat compétent est également invité à prendre en considération ces dispositions. D'après l'article VIII, section 2 b des Accords de Bretton Woods constitutif du Fonds Monétaire International (FMI)¹²⁷⁴, il n'appartient pas au juge du contrat de chercher sa validité, mais de faire obstacle à son exécution du fait qu'elle est contraire à la réglementation d'application immédiate du pays d'accueil. « Les contrats relatifs à des devises, monnaie d'un des Etats membres, qui seraient en opposition avec la réglementation du contrôle des changes de cet Etat, n'auront pas de force obligatoire dans les territoires de tout autre membre. ¹²⁷⁵ »

En réalité, la réglementation de change du pays d'accueil revêt une grande importance du fait qu'elle pourrait perturber le remboursement des sommes prêtées.¹²⁷⁶ Par conséquent, l'impossibilité d'éviter l'application de ces règles doit inciter les banques prêteuses à bien étudier leur contenu en vue d'établir un mécanisme de remboursement des montants prêtés en conformité aux exigences des règles.

Du fait que chaque pays est libre pour déterminer le taux de change de sa monnaie, les banques prêteuses doivent, pour éviter la chute de la valeur de la monnaie locale, stipuler dans la convention de crédit que l'Etat contractant, par l'intermédiaire de la banque centrale, doit convertir les recettes du projet perçues de la monnaie locale en monnaie forte. Selon l'article

¹²⁷³ François GLANVILLE, le contrôle des changes étrangers devant le juge national. *Rev.-crit. DIP* 1980 p 479.

¹²⁷⁴ L'objectif des participants à la Conférence de Bretton Woods était de parvenir à substituer au nationalisme monétaire qui s'était développé pendant la période de crise économique des années 1930, un esprit nouveau de « coopération monétaire internationale entre les Etats membres » (Art. I des Statuts).

¹²⁷⁵ Cité pour P. GLAVINIS, op. cit. 1993 p 560. Il se démontre que ce texte n'est pas une règle matérielle du droit international privé.

¹²⁷⁶ Pascal DENIAU, *Op. cit.* 1990, p 160

5 du décret Vietnamien sur le BOT, le gouvernement garantit le change de Dôngs résultant des recettes du projet destinées à rembourser des crédits, des frais ou à transférer des bénéfices.¹²⁷⁷

Les banques prêteuses pourraient exiger que les utilisateurs ou les acheteurs de services ou de produits du projet payent la contrepartie de ces services ou produits en devise. Ces dispositions revêtent une grande importance du fait que la majorité des législations nationales et la loi Uniforme de Genève sur la lettre de change donnent aux débiteurs la faculté de payer en monnaie locale et non en monnaie du contrat de prêt.¹²⁷⁸

En fait, les règles de change impérativement applicables existent aussi bien dans le pays d'exécution du projet que dans le pays de l'exportation. A propos de cette situation, les seules règles qui doivent être prise en considération sont celles de la *lex contractus*.

C – Les règles applicables en matière de travail

854. Nous partons de la référence que constitue la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Selon cette Convention, les contrats de travail ne sont pas soumis à la loi du pays d'exécution du projet. Pour protéger les travailleurs, la Convention de Rome déroge aux règles générales des articles 3 et 4. Le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas écarté, mais limitée dans la mesure où le choix d'une loi autre que celle qui serait objectivement applicable ne peut pas priver le travailleur de la protection que lui assurent les règles impératives de cette loi.¹²⁷⁹ C'est dans ce sens que M. NEUMAYER fait remarquer que « certaines règles sont si étroitement tributaires de « leurs » législations qu'elles ne sauraient s'appliquer sans que cette législation s'applique dans son ensemble¹²⁸⁰. En vue de déterminer le pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, l'article 6 Paragraphe 2 de la Convention distingue selon que le travailleur accomplit habituellement son travail dans le même pays ou non. Dans le premier cas, la loi applicable est celle du pays dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays.

¹²⁷⁷ Alice PEZARD, un droit des affaires dans le Sud-Est asiatique ? Petites affiches N° 122 12 octobre 1999. p. 22

¹²⁷⁸ G. Van HECKE, Crédits bancaires internationaux et conflits de lois. DPCt, N°4. 1987 p 500

¹²⁷⁹ Paul LAGARDE, op. cit. 1991, p 317

¹²⁸⁰ NEUMAYER (k – H) Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, Rev. Crit DIP 1958 p. 62.

Dans le second cas, c'est la loi du pays « où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur » qui sera applicable.¹²⁸¹ Une décision du juge de cassation français s'inscrit dans la première hypothèse. Il s'agit d'une affaire soumise à la Cour de Cassation. Un contrat de travail liait un employeur français à un salarié, français également, chargé d'exécuter une activité de « reporter élevé entre les parties au sujet du paiement de certaines indemnités, il convenait de déterminer à quelle loi était soumis le contrat pour statuer sur l'exequatur d'une décision que le salarié avait obtenu à son profit du Tribunal de Dakar. Il est vrai que le contrat pouvait être considéré comme soumis, en vertu de la volonté implicite des parties, à la loi française. Mais un décret sénégalais du 19 février 1963 pris pour l'application des articles 30 à 44 du Code de travail local prévoyait impérativement l'application de la loi sénégalaise à tous les contrats de travail exécutés sur le territoire de la République du Sénégal ainsi que la compétence des juridictions de ce pays.

La Cour de Cassation a approuvé l'ordonnance d'exequatur qui avait considéré applicable la loi sénégalaise ; car l'employeur, avisé des modifications législatives intervenues au Sénégal, ayant maintenu son employé en fonction dans ce pays, pouvait être réputé « avoir renoncé tout à la compétence des tribunaux français qu'à l'application de la législation française et des stipulations du contrat ».

Cette décision de la juridiction suprême française revêt une importance considérable car elle permet de comprendre que dans certains cas il serait pur montage de vouloir distinguer dans les raisonnements menés sur la détermination des lois de police : la loi sénégalaise qui postulait expressément son application ne pouvait être étudiée par les parties à qui elle s'imposait (méthodes des lois de police) à tel point qu'en poursuivant l'exécution du contrat au Sénégal, elles n'avaient pu que « choisir » cette loi pour régir leur contrat (méthode conflictuelle).

855. L'on peut donc, raisonnablement, s'interroger à l'instar de M. JACQUES¹²⁸² sur le point de savoir si un choix pareillement imposé est encore véritablement un choix. Il est à noter que les règles concernant l'organisation des contrats de travail du personnel expatrié, établies par le pays des investisseurs et fournisseurs du projet CET ne font pas obstacle au recours à des règles d'application immédiate dans le droit du pays d'accueil. A titre d'exemple, on peut citer les conventions collectives françaises se rapportant au personnel détaché et expatrié. En effet, il existe des conventions différentes pour deux catégories de

¹²⁸¹ Idem p. 318

¹²⁸² J.M. JACQUET, op. cit. 1989 p. 287 N° 440

salariés de l'entreprise de construction, les IAC (Ingénieurs, Assimilés et Cadres) et les ETAM (Employés, Techniciens et Agents de Maîtrise).

Aux termes de l'article 11 de l'avenant N° 6 à la Convention ETAM du 21 Juillet 1965 « en aucun cas, les dispositions contenues dans le contrat et définies en chapitre II ne peuvent déroger aux règles du droit du travail en vigueur dans le pays où l'ETAM est envoyé et qui, dans ce pays sont considérés comme d'ordre public¹²⁸³. »

Les conditions FIDIC (Red Book) fournissent un certain nombre d'exemples de règles qui doivent être appliquées au contrat de travail, et qui sont incluses dans les réglementations du travail dans les pays d'exécution du projet CET. Elles obligent par exemple, l'entrepreneur à payer des salaires qui ne soient pas moins favorables que ceux établies pour le commerce ou l'industrie du pays où les travaux sont exécutés.

La société de projet doit imposer au consortium de construction d'employer des travailleurs locaux en se conformant aux règles du droit du travail local. A ce niveau, l'article 16.4 les Conditions particulières FIDIC encourage l'entreprise à l'employer des cadres et une main d'œuvre originaire du pays de l'exécution des travaux. Ainsi, certaines législations nationales imposent à l'entrepreneur d'embaucher des travailleurs à concurrence d'un pourcentage déterminé par la loi. Par exemple, la loi saoudienne exige d'employer des travailleurs saoudiens à concurrence de 75%.¹²⁸⁴

Au surplus, l'article 45.1 des conditions FIDIC exige de n'achever aucune partie des travaux pendant la nuit ou pendant les jours de repos localement reconnus, sauf lorsque ce travail est nécessaire à la conservation des biens du projet ou la sécurité des travaux.

Enfin, les conditions FIDIC imposent à l'entrepreneur de respecter dans ses rapports avec ses cadres et sa main d'œuvre les jours de fête et les jours fériés.

D – Les règles fiscales applicables

856. Le domaine fiscal est celui où le caractère impératif des règles locales est plus noté¹²⁸⁵. Alors quelle que soit la loi applicable à l'opération du projet CET, la société de projet est soumise aux réglementations fiscales en vigueur dans le pays d'accueil. Conditionnant la rentabilité interne du projet qui dépend en partie des modalités de

¹²⁸³ V. Panayotis GLAVINIS, op. cit. 1993 p 556 note 387

¹²⁸⁴ L'entrepreneur ne peut diminuer ce pourcentage qu'à la suite d'une autorisation du Ministre du Travail.

¹²⁸⁵ C'est un domaine éminent marqué par la souveraineté

détermination de l'impôt grevant les bénéfices futurs et la rémunération des fonds prêtés¹²⁸⁶, les réglementations se rapportant essentiellement aux impôts relatives aux activités exercées par la société de projet. Celle-ci est confrontée à la double imposition dans la mesure où il n'existe pas une convention fiscale ayant un objet d'éviter ce risque, conclure entre le pays d'exécution du projet et le pays des investisseurs impliqués dans l'exécution du projet¹²⁸⁷. Les promoteurs doivent donc rechercher si le pays d'accueil du projet a conclu ou non avec leurs pays un accord pour éviter la double imposition¹²⁸⁸.

857. En matière fiscale, les législations nationales sont divergentes. Un certain nombre de pays adopte le critère du *situs* des biens pour imposer les sociétés étrangères ayant exercé des activités sur leur territoire. En revanche, les pays en voie de développement adoptent le critère de l'existence d'un établissement stable pour que la société de projet, comme société étrangère, soit soumise à l'impôt sur les bénéfices.

En effet, le critère de l'établissement stable évite à la société de projet ou plutôt à ses actionnaires la double imposition¹²⁸⁹. Dans le projet du Tunnel sous la Manche, des dispositions particulières ont été prises selon lesquelles chaque membre de la société en participation créée à cette occasion, la société française et la société britannique, est réputée exploiter la moitié de l'ouvrage dans l'Etat où il a son siège social et n'avoir aucun droit dans les résultats obtenus dans l'autre Etat¹²⁹⁰.

Dans une troisième catégorie de pays, le principe de territorialité, consacré par les législations fiscales implique la division des contrats en deux chapitres distincts : l'un portant sur les fournitures de matériels importés, indiqué en devises et dont le transfert de propriété est effectué avant d'entrer dans les eaux territoriales du pays importateur, l'autre portant sur les fournitures et prestations territoriales¹²⁹¹.

Au Sénégal, comme dans la plupart des pays africains francophones, la société de projet peut opérer soit selon le droit commun, soit bénéficier du régime privilégié des investissements étrangers. Elle serait épargnée de la double imposition dans la mesure où la plupart de ces pays a conclu un certain nombre d'accord de non-double imposition, mais sous réserve de réciprocité de la part du pays des promoteurs du projet.

¹²⁸⁶ Pierre ULLMANN, Aspects fiscaux du projet Euro tunnel. MTF, 1989 N° II, 1989 pp 14

¹²⁸⁷ Jean Pierre LE GALL, Fiscalité et exportations politiques et pratiques Litec 1984 pp 111 et S.

¹²⁸⁸ Michel DUBISSON, la négociation des marchés internationaux, op. cit. 1982 p. 34

¹²⁸⁹ LE GALL, op. cit. 1984 p. 151

¹²⁹⁰ LE GALL J.P. La fiscalité du financement privé des équipements collectifs pour le compte de personnes publiques, Banque et Droit 1989 N° 7 p 211

¹²⁹¹ Victor BENTATA, Les pratiques andines relatives aux contrats d'Etat. In Contrats internationaux et pays en développement, sous la direction de Hervé CASSAN, Economica 1989 p 265

Quoi qu'il en soit le contrat de concession CET ou Accord de projet comporte des dispositions qui organisent la soumission de la société de projet aux impôts locaux. Les contrats d'Etat règlement souvent les questions fiscales par dérogations à la législation en vigueur¹²⁹². Ce qui est sûr, c'est qu'il ne peut pas accorder une exonération totale en la matière.

E – Les règles douanières

858. A l'instar des autorisations administratives, des procédures de conclusion du contrat, des règles du droit du travail et de la fiscalité, les règles douanières sont d'application immédiate.

A cet effet, la société de projet est dans l'obligation de respecter les procédures d'exportation et d'importation nécessaires à la réalisation du projet. Elle doit donc payer les droits de douane et taxes y afférents. Elle doit également prendre en compte la réglementation locale organisant les opérations d'importations temporaires. A ce propos, les législations africaines (sénégalaise et égyptienne entre autres), admettent l'importation temporaire des biens destinés à des fins spécifiques. Elles exigent le dépôt en douane d'une caution équivalente au moment de payer des droits de douane et taxes. Ces montants seront restitués lors de la réexportation. Pour que la société de projet puisse éviter les difficultés de la récupération de cette caution, il est judicieux d'utiliser une garantie bancaire dans une banque locale. Dans ce cadre, la société de projet est obligée de déposer une demande d'autorisation préalable dans laquelle elle indique la durée d'utilisation du matériel, la dénomination des produits et leur prix. La violation de telles règles expose la société de projet où des sanctions financières.

En tout état de cause, l'Etat contractant doit assister la société de projet dans le cadre des opérations de dédouanement de l'équipement, des matériaux et autres choses nécessaires à la réalisation du projet CET¹²⁹³.

Sous paragraphe II : Les effets des règles d'application immédiate

On appréhendera ces effets, successivement devant le juge étatique, l'arbitre et la position des conventions internationales sur la question.

¹²⁹² P. GLAVINIS. op. cit. 1993 p 559

¹²⁹³ Panayotis GLAVINIS, op. cit. 1993 p 559.

A – L’effet des règles d’application immédiate devant le juge étatique

859. Si la clause compromissoire contenue dans la structure contractuelle du projet CET écarte la compétence du juge étatique, celui-ci demeure compétent à propos d’un certain nombre de litiges résultant de l’exécution de ces contrats. Comme on l’a déjà montré, le juge est compétent pour les litiges surgissant pendant la phase précontractuelle (négociations et attributions du marché), pour l’ordonnance des mesures conservatoires, pour les litiges entre la société de projet et les utilisateurs de services du projet, pour prendre l’ordonnance d’exécution des sentences arbitrales. Dans tous les cas, le juge étatique est obligé d’appliquer les lois de police contenues dans le droit interne quelle que soit la loi applicable. L’obligation faite au juge à ce sujet, a son fondement dans la loi.

Dans le droit international privé français, il est, généralement, admis que le juge applique les lois de police du for¹²⁹⁴.

La doctrine est unanime sur le principe de la primauté des règles d’application immédiate sur la loi étrangère déterminée par la règle de rattachement locale¹²⁹⁵.

B – L’effet des règles devant l’arbitre

860. Contrairement au juge étatique, l’arbitre n’a pas une loi de for. La distinction entre les règles d’application immédiate dans le droit du juge et celles étrangères n’est donc pas envisageable devant l’arbitre. En effet, il n’est pas surprenant que celui-ci soit obligé d’appliquer les lois de police résultant de la loi choisie par les parties, sous la seule réserve qu’elles ne soient pas contraires à l’ordre public international¹²⁹⁶. Même si l’article 1496 du NCPC français et les lois sur l’arbitrage ne mentionnent pas une telle exception à l’application de la loi choisie par les parties, la sentence arbitrale contraire à l’ordre public international pourrait être annulée à l’occasion d’un recours en annulation¹²⁹⁷. Ainsi, selon l’article V, 2. b de la convention de New York du 10 juin 1958 sur l’exécution et la reconnaissance des sentences arbitrales ratifiée par la France et la plupart des pays africains, une sentence

¹²⁹⁴ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international* : op. cit. 1996 p 860

¹²⁹⁵ Fausto POCAR, *La protection de la partie la plus faible en droit international privé*. Rec. Cours de la Haye 1994 p 379

¹²⁹⁶ Ph. FONCINARD et alii, op. cit. 1996. jp 861

¹²⁹⁷ Idem. P 874

arbitrale peut se voir refuser la reconnaissance d'une force exécutoire si elle est contraire à l'ordre public international

C – La position des conventions internationales

861. L'article 7.2 de la Convention de Rome dispose que « les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles du pays du juge qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat ». A celui-ci s'ajoute l'article 11 de la Convention de Mexico du 17 mars 1994 sur la loi applicable aux contrats internationaux qui prévoit que « nonobstant les dispositions précédentes (les articles 7 – 10 de la convention), les dispositions de la loi du for s'appliquent nécessairement lorsqu'elles ont un caractère impératif. » Or, les parties aux différents contrats du projet CET sont invitées à se conformer aux règles d'application immédiate. Le constructeur, aux termes de la clause 26 des Conditions FIDIC, est tenu de respecter toute loi nationale et étatique, ordonnance ou autres dispositions légales. Il est obligé, toujours aux termes de la clause 26.1 des conditions FIDIC, de prendre en considération les règlements de tout organisme public et toute société dont les biens ou les droits sont ou / et peuvent être affectés d'une manière quelconque par les travaux. La violation de ces règles par les parties entraîne en cas de litige, sa non application au contrat. Dans ce cas, le juge ou l'arbitre compétent pourrait remédier à la situation en donnant à ces règles puis effet.

On ne peut ne pas non plus négliger les règles d'ordre public du pays du cocontractant étranger.

Paragraphe II : Les règles d'application immédiate dans l'ordre juridique du cocontractant étranger

862. Rappelons que dans l'exécution du projet CET, plusieurs personnes interviennent : banques, investisseurs, fournisseurs, exploitants, etc. Ces parties ont généralement des nationalités différentes, et chacune étant soumise à sa loi nationale.

Cet état de fait nous conduit à demander à quel degré le juge et l'arbitre compétents sont tenus par le principe des règles d'application immédiate étrangère. (Sous paragraphe I). Pour répondre à cette question, il convient d'envisager aussi les règles d'application immédiate dans le droit du pays des intervenants dans le projet CET (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I : Les règles d'application immédiates étrangères

863. Si les parties intervenant dans l'exécution du projet CET sont invitées à se conformer aux règles d'application immédiate du droit du pays d'accueil du projet, est-ce que les juges et arbitres, comme les parties : sont obligées au même degré au respect des règles d'application immédiate étrangère ? Pour appréhender la question, nous examinerons ces règles d'application immédiate étrangères et les effets de leur prise en considération ou non.

A – Les règles d'application immédiate dans le droit des pays des intervenants

864. Ces règles d'application immédiate étrangère se trouvent dans la même situation que celles dans les pays d'accueil. Elles organisent aussi les autorisations administratives. L'attribution des marchés publics, les questions fiscales financières et domaines (surtout). A ce domaine, il faut ajouter les règles qui concernent l'état et la capacité de la société de projet et du consortium des constructeurs. La prise en compte et les effets de ces règles sur le contenu de différents contrats dans le cadre du financement de projet CET (contrat take or pay, supply or pay, de l'exploitation, de maintenance etc) ne se présentent pas de la même manière. Il est, cependant, souhaitable que les parties les prennent en considération à l'occasion de la conclusion des contrats. Leur négligence pourrait paralyser l'exécution des obligations par les parties étrangères aux contrats ; surtout si on prend en compte le fait que ces parties ont certainement besoin d'importer de matériels, d'utiliser des brevets d'invention, de marques commerciales, d'une technologie, de la main d'œuvre de leur pays etc. On peut comprendre que les règles d'application immédiate étrangères soient écartées si elles sont contraires aux règles d'application immédiate du pays d'accueil. Ces derniers ont une primauté d'application.

B – Les conséquences de la prise en compte ou non des règles d'application immédiate étrangères

865. Les règles d'application immédiate étrangères n'obligent aucunement les parties. Toutefois, celles-ci ne doivent nullement les négliger. Car en les prenant en compte, elles leur facilitent l'exécution de leurs obligations résultant des contrats. Il en est surtout ainsi de celles qui sont soumises à des contraintes découlant de la loi étrangère d'application immédiate. En

l'occurrence, la société de projet, aux termes de l'accord de projet, ne peut pas invoquer les violations d'une loi d'application immédiate dans le droit de son pays (règles relatives à la constitution, à la capacité à l'investissement à l'étranger) pour se soustraire à ses obligations. En particulier, elle ne peut pas aux termes des contrats *supply or pay* ou *take or pay*, soutenir qu'une règle d'application immédiate ne valide pas ces contrats. L'autorité concédante n'est pas tenue de les respecter. C'est à la société concessionnaire ou société de projet seulement de choisir les formes relatives au respect des différentes réglementations contenues dans le droit de son pays. Néanmoins, ce choix suppose qu'il n'existe pas de conventions antérieures signées entre les pays de l'exécution du projet et le pays des promoteurs imposant le respect de ces règles. Dans ce cas, l'autorité concédante doit s'assurer du respect de ces règles par les promoteurs. Les règles doivent alors faire l'objet de dispositions particulières dans les contrats de concessions CET, de *take or pay* et *supply or pay*. A défaut, la société de projet ne pourra pas invoquer une règle d'application immédiate pour justifier l'inexécution de ses obligations. Si les modifications d'une réglementation ou législation dans le pays d'accueil peut entraîner la modification du marché, le paiement d'une indemnité ou la résiliation du marché, il existe des cahiers de charges¹²⁹⁸ qui prévoient l'application des mêmes procédures en cas de modification d'une réglementation ou législation étrangère susceptible de porter atteinte à l'opération CET.

Sous paragraphe II : La portée de l'obligation du juge compétent dans la prise en considération des règles d'application immédiate étrangères

866. Cette portée n'est pas aussi aisée à déterminer. Un cas illustre le fait. Il s'agit d'un consortium établi par des investisseurs français pour exécuter un projet en Egypte. Des banques anglaises financent le projet ; des fournisseurs allemands mettent à la disposition du consortium les équipements nécessaires à la réalisation du projet. Des litiges se sont élevés entre le consortium maître de l'ouvrage d'une part et les banques, et les fournisseurs d'autre part. Les juridictions égyptiennes sont compétentes. La loi applicable est la loi américaine.

¹²⁹⁸ La clause 48.4 des cahiers FED prévoit qu' « en cas de modification ou d'introduction, après la date mentionnée à l'article 48.3 d'une loi d'ordonnance, d'un décret ou de toute autre disposition législative ou réglementaire d'un organe national ou régional, ou encore d'un règlement ou d'un arrêté d'une autorité locale ou d'une autre autorité publique, qui entraîne un changement dans les relations contractuelles entre les parties ou marché, le maître de l'ouvrage et le titulaire se consultent sur les mesures les plus adaptées à prendre dans le cadre du marché et peuvent, à la suite de ces consultations, décider de : a) modifier le marché, b) prévoir le paiement d'une indemnité pour compenser le déséquilibre causé par une partie à l'autre ; ou c) résilier le marché d'un commun accord ».

La question qui s'est posée est de savoir si le juge égyptien est tenu de respecter les règles d'application immédiate contenues dans une loi étrangère avec laquelle le contrat présente des liens étroits, même si cette loi n'est pas celle gouvernant le contrat : en d'autres termes, jusqu'à quel point le juge égyptien est obligé à appliquer les règles d'application immédiate du droit anglais ou allemand ?

Pour répondre à cette question, il convient d'abord d'étudier la position de la jurisprudence de la doctrine et des conventions internationales sur la loi applicable aux contrats internationaux.

A – La position jurisprudentielle

867. Les exemples jurisprudentiels en la matière ne concernent pas des lois de police, mais des décisions d'expropriation ou de nationalisation et des règles de droit public relatives au droit douanier ou à la législation des changes¹²⁹⁹. En effet, la jurisprudence n'a pas adopté une attitude précise vis-à-vis de l'application des règles d'application immédiate étrangère. Elle essaie tout de même de trouver des fondements juridiques qui peuvent être pris en compte pour déterminer les lois de police étrangères applicables.¹³⁰⁰

Mais avant cette étape, il faut identifier les règles d'application immédiate étrangère dont-il s'agit concrètement car ce n'est pas au juge (....) de conférer le caractère de loi de police à une loi étrangère, ce caractère ne pouvant être attribué que par l'Etat étranger.¹³⁰¹

B – Les conventions internationales

868. Elles paraissent adopter la même position que la doctrine qui est favorable à une prise en compte des règles d'application immédiate étrangères, et non pour une application intégrale. On peut citer à ce propos l'article 7.1 de la Convention de Rome¹³⁰² qui prévoit que : « lors de l'application, en vertu de la présente convention de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si un effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur

¹²⁹⁹ P. MAYER op. cit. IDI. 1981 p 306

¹³⁰⁰ Stanislas De REUTER, The application of foreign public Law in conflict of law an outline RDAI, N° 1 1990, p 94

¹³⁰¹ Jacques SOYER, Entrée en vigueur de la convention de Rome. op. cit 1991 p 630

¹³⁰² Il convient de noter que cet article est assorti d'une réserve ,

objet ainsi des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non application ».

Aux termes de cet article, on peut noter la possibilité de donner effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien droit.

Cependant, selon cet article, un certain nombre de conditions doivent être remplies pour pouvoir donner effet à telles dispositions. La première est une condition non stipulée par cet article, mais évidente ; la possibilité d'appliquer les règles impératives contenues dans une loi étrangère suppose sa non-opposition avec les règles d'ordre public contenues dans le droit du for. La seconde condition est que les règles impératives étrangères doivent être effectivement considérées comme loi de police dans son Etat d'origine. En ce qui concerne la troisième condition, il faut un lien entre le contrat et le pays auquel se rattachent les lois de police étrangères. Ce lien requis par l'article 7.1 ne doit pas être un lien quelconque, mais un lien réel.¹³⁰³ Il nous semble qu'il existe un lien réel si le contrat faisant partie de la structure contractuelle du projet CET est exécuté dans ce même pays par exemple.

La quatrième condition qu'il faut prendre en considération lors de l'application de telles règles leur nature et leur objet rend la mission du juge à qui il est demandé de donner effet à une loi de police étrangère est très difficile puisqu'il est tenu aux termes de l'article 7.1 d'examiner la nature et l'objet de ces règles. Enfin, il faut également prendre en compte les considérations et les conséquences résultant de l'application ou non de ces règles. Cette condition oblige le juge, compétent à examiner la légalité des intérêts résultant de l'application ou non de ces règles. Si ces conditions sont remplies, le juge compétent n'est pas cependant obligé d'appliquer les règles de police étrangères en priorité sur la loi applicable au contrat¹³⁰⁴. Car l'article 7.1 de la Convention de Rome donne au juge compétent une grande liberté caractérisée par l'emploi du verbe pouvoir¹³⁰⁵.

Il nous semble que le juge compétent, comme M. KASSIS l'estime à juste titre, n'a pas un pouvoir discrétionnaire pour appliquer ou non les règles de police étrangère. Mais il possède seulement un pouvoir d'appréciation pour s'assurer que les conditions de l'article 7.1 sont réunies¹³⁰⁶. Il n'est pas, en effet, raisonnable de confier au juge un pouvoir d'appliquer ou non une règle juridique dont les conditions d'application sont déjà remplies. D'ailleurs, l'article

¹³⁰³ Hélène GAUDEMET-TALLON, Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles Juris-Classeur – Europe, Fascicule 3200

¹³⁰⁴ Jacques FOYER, op. cit. p. 630

¹³⁰⁵ H. GAUDEMET-TALLON, op. cit. p. 18 ; Jacques FOYER, op. cit. p. 630 ; P. MAYER, Les Lois de police étrangères. Op. cit. p. 327.

¹³⁰⁶ Antoine KASSIS, op. cit. 1993, p. 456

11.2 de la convention e Mexico sur la loi applicable aux contrats internationaux tout comme l'article 7.1 de la Convention de Rome, confie au juge compétent un pouvoir discrétionnaire dans l'application des règles de police étrangères à condition qu'il existe un lien entre le droit du pays contenant les règles et le contrat.

Dans le même sens, l'article 16 de la Convention de Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et la représentation donne au juge la possibilité d'appliquer ou non ces règles, car elle prévoit que « lors de l'application de la présente Convention, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout Etat avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet Etat, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désigné par ces règles de conflit ».

C – La position doctrinale

869. La doctrine estime pour sa part que le juge compétent n'est pas obligé d'appliquer ces règles, mais il est tenu simplement de les prendre en considération.¹³⁰⁷ Pour l'arbitre, la question est très controversée. Il existe cependant, trois certitudes.¹³⁰⁸

La première est que l'arbitre a la possibilité de prendre en considération, en tant qu'élément de fait, les lois de police susceptibles d'interférer dans l'exécution du contrat. La deuxième certitude est que les arbitres siégeant au Sénégal, par exemple, n'ont nullement l'obligation de faire application de ces règles. Enfin, ces règles doivent être appliquées par les arbitres au cas où leur non-application serait considérée comme contraire à l'ordre public international.

De la position de la doctrine, de la jurisprudence et des conventions internationales, il ressort que le juge compétent n'est pas obligé d'appliquer les règles de police étrangères. Cependant, il pourrait donner effet à ces règles lorsque le pays dont le droit comporte ces règles présente un lien réel ou effectif avec le contrat en cause.

870. A notre avis, le juge compétent ne peut appliquer les règles d'application immédiate étrangères que si elles ne sont pas jugées contraires aux règles d'application immédiate contenues dans son propre droit, si elles ne violent pas une règle d'ordre public oui international.

¹³⁰⁷ J. FOYER, op. cit. p. 631 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREC, Droit international privé Dalloz 6^{ème} – 1999, pp 135 et 5.

¹³⁰⁸ P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit. 1996 pp. 861. et 5.

Dans ces cas, le juge sera tenu d'appliquer ces règles puisqu'il existe un lien réel et effectif entre le droit du pays étranger contenant ces règles et le contrat portant sur son exécution à l'occasion de la quelle le litige est survenu.

Les tribunaux britanniques ont annulé un contrat soumis à la loi anglaise pour violation de la loi indienne. Il s'agissait d'un contrat de livraison de jute en provenance de l'Inde à destination de l'Afrique du Sud. Dans le but de lutter contre l'Apartheid, le gouvernement indien avait décidé un embargo sur toutes les marchandises acheminées vers l'Afrique du Sud. La *Queen's Bench Division* a déclaré le contrat soumis à la loi anglaise non valable, car il a été conclu en violation d'une interdiction légale édictée par un Etat étranger ami. La chambre des lords a exonéré le vendeur de toute responsabilité¹³⁰⁹. En effet, dans cette affaire, les tribunaux britanniques ont appliqué une règle contenue dans une loi étrangère en priorité de la loi anglaise applicable au contrat dans la mesure où cette règle n'est pas contraire à une règle d'ordre public anglaise ou internationale.

¹³⁰⁹ Affaire *Reggazoni v. Sethia*, [1961] 1 All ER 1141 obs. 4 per Lord Diplock.

CHAPITRE II : LA SOUMISSION DE L'OPERATION DE PROJET CET A UN TIERS ORDRE JURIDIQUE : LES TENDANCES DOCTRINALES ET ARBITRALES

871. Si en règle générale, il est normal de soumettre le contrat CET à une loi choisie en fonction des règles et principes régissant les conflits de lois et se fondant sur l'autonomie de la volonté, le cheminement n'est pas souvent suivi. On a noté, que des sentences arbitrales récentes et la doctrine ont opté pour un ordre juridique différent de l'ordre juridique interne. Cette tendance se fonde sur une idée très simple. En effet, les contrats ne doivent pas être soumis à un ordre juridique interne créé essentiellement pour gouverner des contrats conclus entre les parties à puissance inégales. L'ordre juridique proposé pourrait être le droit international public, la *lex mercatoria*¹³¹⁰, le droit commun des nations ou un ordre juridique établi par le contrat lui-même.

Dans cette optique, on essaiera de voir s'il est possible de soumettre l'opération CET aux principes généraux de droit et aux usages du commerce international. Cela pour les raisons suivantes : a) La liberté contractuelle, largement laissée aux parties en matière de contrats internationaux de construction de grands projets selon la formule CET, favorise la tendance à les soumettre aux principes généraux du droit et aux usages du commerce international ; b) Les tribunaux arbitraux ont de plus en plus tendance en matière de réalisation de grands projets, à fonder leurs décisions sur les principes généraux du droit et les usages du commerce international ; c) la majorité des conventions internationales incite les arbitres, quand il s'agit de choisir la loi applicable au contrat (à prendre en considération les usages du commerce international et les principes généraux du droit.)

On appréhendera successivement l'opération d'identification des principes généraux du droit et des usages du commerce comme loi applicable (section 1) et ceux pouvant être appliqués aux litiges nés de l'exécution du projet CET (section 2).



¹³¹⁰ Littéralement défini comme la loi des marchands, la *lex mercatoria* résulte de la pratique. C'est un "droit spontané". Il ne résulte pas d'un procédé formalisé de création. « et aucun organe particulier ne jouit d'une compétence quelconque pour "édicter" les normes qui la composent » Ago cité V. J. M. JACQUET, Principe d'autonomie et contrat international, *Economica*, 1983, p. 119.

Section I – La place des principes généraux et usages du commerce dans l'opération CET

873. Que le contrat de concession CET ou Accord de projet soit qualifié de contrat administratif ou non, il est soumis aux règles générales dégagées par la jurisprudence administrative. A ce niveau aussi, l'opération relative à l'exécution de projet CET avec son caractère international, est assujettie aux principes généraux du droit et aux usages du commerce dans ses différentes phases. Ce recours à ces usages du commerce et aux principes est guidé par la complexité de l'opération et surtout l'appartenance des parties intervenant dans l'exécution du projet à des pays différents. Il arrive aussi que les arbitres ne trouvent pas une solution appropriée dans l'identification de la loi applicable au contrat. Dans ce cas, le recours aux principes généraux et aux usages pourrait s'imposer pour combler cette lacune. Le recours aux principes généraux et aux usages du commerce constitue une alternative pour la résolution des litiges nés à l'occasion des projets qui mettent en cause plusieurs parties avec les nationalités différentes et plusieurs ordres juridiques.

Ainsi, il convient de voir d'une manière séparée comment sont déterminés les principes généraux (paragraphe I) et les usages du commerce (paragraphe II) comme règles applicables.

Paragraphe I : La détermination des principes généraux du droit

874. Les principes généraux du droit, en tant que loi applicable à l'opération CET, ne peuvent être sollicités que par les parties, à défaut ils peuvent se présenter sous la forme de *subsidiary law*. En toute hypothèse la volonté des parties prééminence. Cette prééminence de la volonté des parties dans le choix des principes généraux du droit peut être illustrée par l'article 16 de la convention pétrolière conclue en 1935 entre le Qatar et la société QPC¹³¹¹. L'article 46 de la convention pétrolière passée en 1954 entre The International Oil Consortium et l'Iran, quant à lui, évoque la situation où les principes généraux prennent les aspects d'un *subsidiary law*.¹³¹²

¹³¹¹ Il prévoit que le tribunal arbitral statue sur les litiges conformément aux principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées.

¹³¹² Il prévoit, en effet que « en considération de la différence des nationalités des parties de la présente convention, il faut qu'elle soit gouvernée, interprétée et exécutée conformément aux principes juridiques communs entre l'Iran et les différents pays auxquels appartiennent les autres parties de la Convention. A défaut l'existence de principes communs les principes généraux du droit reconnus par les Nations civilisées y compris ceux qui ont été appliqués par les tribunaux internationaux seront appliqués à la concession ». Les deux exemples ont été cités par Abdel Harid ASHOUSH, op. cit. thèse 4 1975 pp 737 et 739. Comme les

En effet, le recours des parties du projet CET aux principes généraux du droit commun comme loi applicable à leur contrat trouve son fondement dans leur volonté même¹³¹³.

Le recours par les parties aux principes généraux du droit, suivi en cela par les arbitres, suscite deux questions majeures : quelle est l'importance des principes généraux du droit (Sous paragraphe I) ? Comment les parties au projet CET se réfèrent-elles à ces principes (Sous paragraphe II) ?

Sous paragraphe I : L'intérêt des principes généraux du droit dans le règlement des litiges

875. Au cas où la loi choisie par les parties ne contient pas de solutions adaptées au règlement des litiges survenus, on ignore les mécanismes juridiques utilisés dans le cadre du projet CET, le recours aux principes généraux paraît inévitable. C'est pourquoi, il devient indispensable d'évaluer leur importance dans le règlement des litiges. Une telle entreprise ne sera opportune que si on dégage les limites sous astreintes ces principes généraux.

A – Les avantages des principes généraux du droit

876. Le recours aux principes généraux du droit dans le domaine de l'exécution de grands projets internationaux menés selon la technique CET revêt une grande importance. En effet, ces principes constituent une bouée de sauvetage pour le juge et l'arbitre pour faire face aux problèmes juridiques insolubles posés à l'occasion de l'exécution du projet CET.

Aux antipodes des règles contenues dans les lois étatiques les principes généraux du droit se caractérisent par leur flexibilité. De ce fait, ils donnent aux arbitres et aux juges un important pouvoir discrétionnaire en vue d'ajuster les conséquences pouvant résulter de l'application de règles juridiques rigides et de combler l'insuffisance des règles juridiques nationales.¹³¹⁴ Ainsi,

principes généraux du droit sont désignés comme loi applicable aux contrats passés entre Etats et personnes privées, ils peuvent aussi l'être dans les conventions constitutives des entreprises multinationales entre pays en développement. C'est l'exemple des articles 4 de l'Acte constitutif de la Société arabe d'investissement pétroliers et l'article 1^{er} des Statuts d'Art Afrique. (voir Zalmal HAQUANI, Les contrats d'Etat et la coopération Snd-Sud. Cas des entreprises multinationales entre pays en développement, in contrats internationaux et pays en développement, sous la direction de Hervé GASSA, Economica 1989 p 277

¹³¹³ Jean SALMON, Les principes généraux du droit. Une insaisissable source du droit applicable aux contrats d'Etat. Mélanges offerts à Raymond VAN

¹³¹⁴ Virally Michel, Un « tiers » droit ? Réflexions théoriques in le droit de relations économiques internationales. Etudes offertes à Bertold GOLDMAN 1982 p 382

il existe des lois nationales qui ne prévoient pas des solutions aux litiges nés de l'exécution du projet CET.

Si les parties choisissent la loi égyptienne pour s'appliquer aux garanties d'origine anglo-saxonne sur lesquelles elles restent muettes, l'arbitre se trouve amené à consulter les principes généraux du droit anglo-saxon afin de déterminer le contenu des obligations des parties en cause dans sa recherche d'une solution au litige survenu.

B – Les inconvénients des principes généraux

877. Le recours des parties au projet CET aux principes généraux du droit, à titre principal ou complémentaire, comporte un certain nombre d'inconvénients.

Les principes généraux s'opposent aux règles juridiques qui ont un caractère plus concret. Pour écarter cet inconvénient, le recours à ces principes doit être fait à ce titre complémentaire, et non d'une manière substantielle. Mais, c'est seulement dans le cas où l'arbitre n'arrive pas à trouver la solution appropriée dans la loi applicable que la référence aux principes sera préconisée. En outre, ces principes se caractérisent par leur imprécision, peu sûre et difficilement réductible à des situations déterminées¹³¹⁵. L'application de ces principes dans les différents systèmes juridiques qui peuvent être contradictoires. Ainsi, le principe de l'abus de droit se heurte, au principe « ne lèse personne celui qui ne fait qu'user de son droit. »¹³¹⁶

Sous paragraphe II : Les modalités d'application des principes généraux

878. Si la référence aux principes généraux du droit s'effectue sur la base d'une clause insérée dans le contrat qui prévoit leur application à titre secondaire, il devient opportun de s'interroger sur la portée de ces principes.

A – La référence aux principes généraux

879. Conformément à la résolution de l'Institut de Droit International adoptée à Athènes en 1979 sur la loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère.

¹³¹⁵ Jean SALMON, op. cit. p 742

¹³¹⁶ idem, p 742

« Les parties peuvent...choisir comme loi du contrat, soit un ou plusieurs droits internes ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit. » Les parties au projet CET peuvent désigner ces principes comme loi applicable à l'opération de l'exécution. Elles ont la possibilité de s'y référer par une clause insérée dans leur contrat. A ce stade, il est rare de considérer ces principes comme la loi unique applicable au contrat. Si dans certains cas, les tribunaux arbitraux appliquent les principes généraux du droit conformément à la volonté des parties, dans d'autres, ils les ont appliqués en l'absence d'une clause dans le contrat ou le compromis d'arbitrage désignant ces principes comme loi applicable au contrat.¹³¹⁷

Dans des contrats ne comportant pas une clause relative à la loi applicable au contrat, le tribunal arbitral a appliqué les principes généraux du droit reconnu par les nations civilisées. A propos du litige survenu entre la Grèce et des sociétés dans le domaine de l'électricité, le tribunal arbitral a appliqué les principes généraux selon l'esprit de l'article 38 du Statut de la Cour International de justice.¹³¹⁸

D'autre part, ces principes ont été appliqués par les tribunaux arbitraux malgré la présence d'une clause expresse relative à la loi applicable au contrat.¹³¹⁹ Pour les litiges nés de l'exécution d'un projet CET, il serait indiqué de prévoir la possibilité pour les arbitres de se référer aux principes généraux du droit si la loi applicable ne contient pas de solutions ou comporte de solutions non adaptées au litige en cause. Dans ce cas, l'arbitre ne pourra écarter l'application de la loi choisie par les parties que s'il ne trouve pas une solution appropriée dans cette loi. Quand bien même, l'arbitre sera tenu d'appliquer en priorité la loi choisie par les parties même si celles-ci n'ont pas établi cette hiérarchie. Les règles spéciales l'emportent sur les règles générales.¹³²⁰

D'ailleurs, pour écarter tout litige sur l'identification des principes susceptibles d'être appliqués, les parties doivent énumérer dans leur contrat, les principes qui peuvent être applicables au contrat ; par exemple, le principe de bonne foi, le principe de l'enrichissement sans cause, l'interdiction de la corruption, etc.

Dans l'affaire du Tunnel sous la Manche, les parties ont déclaré la soumission du contrat aux « principes communs à la fois au droit anglais et au droit français et en l'absence de tels

¹³¹⁷ Prosper WEIL, op. cit. Mélanges GOLDMAN p 395

¹³¹⁸ Idem. p 395

¹³¹⁹ L'Affaire AMCO, op. cit. p 743

¹³²⁰ Jean SALMON, op. cit. p. 745

principes communs, aux principes généraux du droit du commerce international tels qu'appliqués par les tribunaux nationaux et internationaux. »¹³²¹

Les parties doivent se référer à des principes généraux du droit reconnu par le système juridique du pays où la sentence arbitrale sera exécutée. La non-conformité de ces principes aux règles surtout impératives de ce pays entraîne la non-exécution des sentences. Il n'existe pas « une règle de droit international universel obligeant les Etats à reconnaître en tout cas la force obligatoire de la sentence d'un tribunal arbitral dans un litige entre un Etat et une personne privée étrangère lorsque l'arbitre a fondé sa compétence et sa décision sur les principes généraux du droit, surtout le droit de l'Etat en question ne permet pas de tels contrats. »¹³²²

Enfin, les parties au projet CET confèrent aux principes généraux du droit un caractère supplétif.

B – La subsidiarité des principes généraux du droit

880. Les principes généraux du droit sont toujours accompagnés d'autres règles juridiques non moins importantes.¹³²³ Ce sont surtout les règles appliquées par les tribunaux internationaux. Le contrat conclu entre le gouvernement égyptien et les deux sociétés américaines dans le domaine pétrolier en est une parfaite illustration. En raison de ces rapports juridiques, le contrat sera soumis aux règles contenues dans l'article 38 du Statut de la Cour International de Justice.¹³²⁴ Elles pourraient également être les règles de droit national du pays contractant. Dans cette hypothèse, le recours des parties aux principes généraux sera à titre complémentaire. L'article 75 du contrat conclu entre le *Libéria et Fontier Liberia Oil* oblige les arbitres à appliquer en priorité la loi libérienne et subsidiairement les principes généraux du droit et les considérations d'équité.¹³²⁵

L'application des principes généraux est toujours à titre secondaire. L'article 28 du contrat de concession conclu entre le gouvernement Libyen et les deux sociétés américaines *California Asiatic OIL Company et TEXACO Overseas Petroleum Company* prévoit que « la présente

¹³²¹ Ph. FOTUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit. p. 826, E. GAILLARD, Trente ans de Lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit. IDI, 1995 N° 1 pp 22 et 23.

¹³²² W. WENGLER, Les principes généraux en droit en tant que loi du contrat, Rev. Crit. DIP N° 3

¹³²³ Proposer WEIL, op. cit. 1981 pp 387 et 5.

¹³²⁴ Idem p 390.

¹³²⁵ Cité par Hafira EL ADAD op. cit.

convention sera réglée et devra être interprétée conformément aux principes de la loi Libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international et en l'absence de points communs entre les principes de la loi libyenne et ceux du droit international, elle sera régie et interprétée conformément aux principes généraux dont il a été fait l'application pour des juridictions internationales. »¹³²⁶

C – La portée des principes généraux du droit

881. A ce sujet, la jurisprudence arbitrale est divergente. Dans l'*Affaire BP contre la Libye*¹³²⁷, l'arbitre unique M. LAGERGREN estime que les principes généraux du droit sont les principes communs entre les différents systèmes juridiques. En s'appuyant sur ces principes, et à défaut de l'existence de principes communs entre le droit Libyen et le droit international, il a décidé que la partie lésée, c'est-à-dire les sociétés américaines, ne pouvaient pas prétendre à une compensation pécuniaire. Dans l'*Affaire LIAMCO*¹³²⁸, l'arbitre unique a jugé que les principes généraux du droit sont ceux qui ont pu être appliqués par les tribunaux internationaux, en particulier le principe de l'équité. En appliquant ce principe, il a conclu qu'il est juste et raisonnable d'adopter la formule de « l'indemnisation préalable, adéquate et effective » utilisée comme limite maximum et guide pratique pour cette évaluation.

882. Enfin, dans l'*Affaire Texaco*¹³²⁹, M. DUPUY estime que les principes généraux du droit sont des principes communs dans les systèmes juridiques des différents pays et dans le droit international. Il juge que ces principes sont considérés comme l'une des sources de droit international, donc leur application en cas de litige entraîne l'application du droit international.

Il ressort de ce débat que les principes généraux du droit auxquels les parties au projet CET peuvent se référer, sont des règles générales et principales qui dominent les différents systèmes juridiques. Ces principes s'inspirent tantôt du système juridique international, comme le principe de l'égalité entre les différents Etats et leur souveraineté sur ses ressources naturelles. Ils ne sont pas tirés d'un seul ordre juridique étatique, mais sont dégagés soit à

¹³²⁶ Citée par Philippe KAHN, Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, JDI, N° 2, 1989 p 309 ; Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berold GOLDMAN ; op. cit. p. 827.

¹³²⁷ Rev. Arb. 1980 p 132, commentaire de Brigitte STERN, Trois arbitrages, un même problème trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international, Rev. Arb. 1980 pp – 3 et 5.

¹³²⁸ Rev – arb – 1980 pp 190 et 191

partir de la comparaison de droits nationaux, soit directement de sources internationales telles que les conventions internationales en vigueur, ou de la jurisprudence des tribunaux internationaux.¹³³⁰

Paragraphe II – La détermination des usages du commerce international

883. Au même titre que les principes généraux du droit, l'application des usages du commerce international trouve son fondement dans la volonté des parties. Créés par la pratique, les usages du commerce international présentent les avantages et des inconvénients qu'il convient d'étudier d'abord (Sous paragraphe I) avant d'examiner les hypothèses dans lesquelles ils peuvent être applicables à l'opération CET (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I : La notion et les intérêts des usages

884. Avant d'étudier les avantages et inconvénients des usages du commerce international en tant que règles supplétives pour le règlement des litiges nés d l'exécution des projets CET, une définition des usages du commerce international s'impose d'abord.

A – La définition des usages du commerce international

Du fait que la réalisation d'un projet CET implique l'exécution de différentes prestations (construction, fourniture) et fait intervenir des parties avec des nationalités différentes, des organismes financiers internationaux, des assureurs publics, etc, l'application des usages du commerce international aux litiges nés d'un projet CET paraît importante. Mais leur définition pose problème. A défaut de pouvoir aboutir à une définition faisant l'unanimité, les usages auxquels les parties, l'arbitre et les conventions font référence peuvent être conçus de deux manières¹³³¹ distinctes.

Selon la première conception, les usages constituent en des pratiques contractuelles habituellement suivies dans une branche donnée du commerce. C'est le cas des Conditions

¹³³¹ E. GAILLARD, La distinction des principes généraux du droit des usages du commerce international, op cit. 1991 pp 206

FIDIC et des Incoterms qui sont des « règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux »¹³³²

Pour la deuxième conception, les usages constituent, à côté des pratiques contractuelles susmentionnées, de véritables règles de droit dégagées à partir de l'observation du droit comparé ou d'autres sources internationales.

Conformément à cette conception, la référence des parties aux usages du commerce international revient à se référer, en partie aux principes généraux du droit¹³³³. Cependant, contrairement aux principes généraux du droit qui sont d'application générale, les usages du commerce international sont d'application régionale.

Les usages du commerce international, selon la première conception, sont établis spontanément et délibérément par les opérations du commerce international et par les institutions internationales¹³³⁴, alors que, selon la deuxième conception, ils constituent le résultat de la comparaison entre différents systèmes juridiques internationaux.

B – Les avantages des usages du commerce international

885. Les usages du commerce international sont l'une des composantes de la *Lex mercatoria* à côté des principes généraux du droit. La *Lex mercatoria*¹³³⁵ est « le droit transnational englobant des règles qui transcendent les frontières d'un Etat. Elle comprend donc les principes généraux du droit, les coutumes et usages du commerce international et certaines lois uniformes. »¹³³⁶

Ce droit relève d'un système juridique qui comporte des règles qui gouvernent les contrats, et les instruments avec lesquels opérations commerciales internationales fonctionnent. En fait, les usages du commerce comme loi applicable présente les mêmes avantages que les principes généraux du droit, surtout dans les litiges nécessitant le recours à des règles établies par des organismes internationaux.

¹³³² Frédéric EISEMANN, Yves DERAÏNS, la pratique des incoterms, EJA Jupiter 1988, voir aussi La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms, Colloque des 1^{er} et 2 décembre 1989 – LGDJ, 1990.

¹³³³ E. GAILLARD, op. cit. 1995 p 207

¹³³⁴ Philippe LÉBOULANGER, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères op. cit. 1985 p 221

¹³³⁵ Cette appellation est la plus couramment utilisée, bien qu'un certain nombre d'auteurs préfèrent cette dite droit international, comme d'autres ont préconisé l'appellation de (droit du commerce international).

¹³³⁶ Jean-Flavien LALIVE, op. cit. Cours de la Haye, p 31.

C – Les inconvénients des usages du commerce international

886. Les usages du commerce international sont incapables de fournir aux parties de véritables règles de droit¹³³⁷. Car ils ne contiennent pas de règles précises sur la capacité, les vices de consentement, la représentation des sociétés commerciales, la subrogation et la délégation, etc. C'est pourquoi, ils ne peuvent être désignés seuls comme loi applicable aux litiges d'un projet CET. Comme les principes généraux du droit, les usages du commerce international comportent des règles de droit, celles-ci ne sont pas codifiées, ce qui rend la mission de l'arbitre très difficile.

Cependant, des tentatives de codifications de ces usages se font jour. On peut citer la codification des règles fondamentales en matière de contrats internationaux par l'UNIDROIT.¹³³⁸

Sous paragraphe II : Les cas de recours aux usages du commerce international

887. A l'instar des principes généraux du droit, les usages du commerce international peuvent être appliqués moyennant une clause insérée dans le contrat. Même en l'absence de ces clauses, les arbitres peuvent les évoquer.

A – Le recours volontaire aux usages du commerce international

889. La désignation des usages du commerce par les parties intervenant dans le projet CET comme loi applicable peut être expresse ou implicite.

Elle est expresse, lorsque l'un des contrats faisant partie de la structure contractuelle du projet CET contient une clause choisissant expressément ces usages comme loi applicable. Par cette clause, les parties manifestent leur volonté d'exclure l'application du droit national.¹³³⁹ Cependant, cette exclusion, dit M. KASSIS, ne peut être totale dans la mesure où il existe des

¹³³⁷ Bertold GOLDMAN, La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives. IDI 1979 p 477 - ; Véronique RANOUIL : Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement. Op. cit. 1989 p 46

¹³³⁸ André ou GIARDINA, Les principes UNIDROIT sur les contrats internationaux. JDI. N° 3 1995 pp. 547 et S.

¹³³⁹ Antoine KASSIS, op. cit. 1984 p 430.

règles d'application immédiate auxquelles l'arbitre doit se plier même si les usages du commerce suffisent à la résolution du litige.¹³⁴⁰

Elle est implicite, lorsque le contrat contient une clause d'amiable composition ou une clause d'arbitrage international¹³⁴¹. En effet, la première clause permet à l'arbitre de se libérer de toute règle juridique pour trancher le litige sur la base de pures considérations d'équité, alors que pour la deuxième clause, le recours à l'arbitrage est à lui seul considéré, de manière générale, comme un instrument l'internationalisation du contrat, et par conséquent, de référence à la *lex Mercatoria*, même si son applicabilité ne fait l'objet d'aucune clause expresse.¹³⁴²

B – La volonté de l'arbitre dans l'application des usages internationaux du commerce

890. Si les parties sont libres dans le choix de la loi applicable à leur relation, il est reconnu aux arbitres le pouvoir d'appliquer les usages du commerce international dans deux cas.

De prime abord, les usages peuvent servir à combler les lacunes existantes dans la loi choisie par les parties. Dans l'affaire des Plateaux des Pyramides, le tribunal arbitral a estimé que le droit égyptien ne contient aucune règle sur la détermination du *dies a quo* dans le calcul des intérêts et qu'il est nécessaire d'emprunter cette règle au droit international¹³⁴³. En effet, dans le cadre du règlement des litiges nés de l'exécution de projet CET, cette règle revêt une grande importance dans la mesure où cette exécution entraîne des problèmes variés vis-à-vis desquels il n'existe pas encore de solutions juridiques appropriées. La technique de CET est imbibée du droit anglo – saxon qui comporte des principes ignorés totalement ou partiellement par les droits de tradition civiliste. Alors « qu'il existe des droits insuffisamment développés pour répondre à toutes les questions soulevées par les grands projets internationaux. »¹³⁴⁴

D'autre part, si l'arbitre n'a pas le droit de substituer son propre choix à celui des parties en tant que ce choix est exprès et clair¹³⁴⁵, il est admis qu'il puisse appliquer la *Lex mercatoria*

¹³⁴⁰ Idem. p 430

¹³⁴¹ Bertold GOLDMAN, op. cit. JDI 1979 pp 430 - ; A. KASSIS, op. cit pp 432 et 5

¹³⁴² B. GOLDMAN, Op. cit. 1979 p 481

¹³⁴³ Sentence arbitrale N° 233 JDI 1994 p 232 obs. E. GAILLARD.

¹³⁴⁴ E. GAILLARD. Trente de *Lex Mercatoria* pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit JDI – 1995 N° 1 p. 13

¹³⁴⁵ Sentence arbitrale N° 1512 JDI 1974 p. 904 obs. DERAIS et THOMPSON

en cas de silence¹³⁴⁶. Si dans la première hypothèse, l'arbitre qui tient ses pouvoirs des parties, doit se conformer à la mission que celles-ci lui ont confiée¹³⁴⁷. Dans la deuxième hypothèse, il doit prendre lui-même l'initiative pour déterminer le droit applicable au litige qui lui est soumis. Contrairement au premier, le deuxième cas n'est pas imaginable dans le cadre des contrats.

Concourant à la réalisation du projet CET le choix d'une loi applicable est l'une des principales préoccupations des parties au cours de la négociation. Contrairement à l'antenne française qui donnent à l'arbitre. Cette possibilité, dont le Professeur GOLDMAN est le chef de file, le Professeur Américain résidant en Angleterre F. A. MANN. Avance que « personne nulle part n'a jamais pu soulever une disposition ou un principe juridique qui permettrait à des individus d'agir en dehors des contraintes d'un système de droit interne, même l'idée de l'autonomie des parties n'existe qu'en vertu d'un système donné de droit interne et, dans différents système, pourrait être revêtu de caractéristiques et d'effets divergents. Pareillement, tout arbitrage est nécessairement soumis à la loi d'un Etat donné. Nul ne dispose du droit ou du pouvoir d'agir à un autre niveau que celui du droit interne. »¹³⁴⁸

891. L'opinion de F.A. MANN va à l'encontre des intérêts du commerce international qui subit en permanence des évolutions sur le plan des mécanismes contractuels. En effet, ceux-ci donnent lieu à des litiges auxquels il peut être difficile de trouver des solutions appropriées dans les droits internationaux qui sont conçus pour gouverner des relations d'ordre interne, et non internationales, comme le soulignent à juste titre les auteurs français.

Mais de quels principes et usages s'agit-il ?

Section II - La typologie des principes généraux et usages du commerce international applicables à l'opération CET

892. On a déjà montré que la société concessionnaire, lorsqu'elle conclut un contrat CET avec l'Etat ou un organisme public, essaie d'écarter l'application du droit du pays contractant pour éviter les tentatives In législateur de ce pays à modifier son droit à son avantage. Là, on voit l'investisseur étranger s'efforcer, non seulement de ne pas soumettre son contrat au droit

¹³⁴⁶ Cass. Civ. 9 décembre 1981. Rev. Arb. 1982 p. 183. note COUCHEZ. voir aussi les articles 33 de la loi - type de la CNUDCI et 1996 du NCPC

¹³⁴⁷ Pierre MAYER, La règle morale dans l'arbitrage international, en Etudes offertes à Pierre BELLET, WTEC 1991, p 398

¹³⁴⁸ F. A. MANN, *Lex Facit Arbitrum*, cité Gordon HUMPHREYS, *La Lex mercatoria* en matière d'arbitrage international. Quelques différences dans les politiques anglo-français RDAI N° 7. 1992 p 852

du pays contractant mais aussi, de ne pas le soumettre à n'importe quel système juridique interne. Il estime que la soumission de son contrat aux lois nationales expose ses intérêts économiques et financiers à des graves aléas. Ceux-ci viennent du fait que les pays du tiers monde, qui ont besoin en permanence des capitaux et de la technologie de ces investisseurs étrangers, n'arrivent pas à construire des systèmes juridiques présentant des solutions adaptées aux litiges nés de l'exécution de grands projets. De ce fait, les stratégies des grands investisseurs étrangers est de prendre des précautions pour la protection des capitaux en soumettant les contrats qu'ils passent avec un Etat du tiers monde aux principes généraux du droit et aux usages du commerce. Pour pouvoir identifier ces principes, l'arbitre doit procéder à une recherche comparée.

Or, la question qui se pose est de savoir s'il existe véritablement des principes généraux du droit et des usages du commerce international dans lesquels l'arbitre pourrait puiser des solutions aux litiges survenant au cours de l'exécution du projet CET ?

En d'autres termes, est-ce que les principes généraux du droit et les usages du commerce international sont unanimement reconnus aussi bien par les pays en voie de développement que par les pays développés ?

La réponse à cette question nécessite de passer en revue les principes généraux du droit et des usages du commerce en cours dans le droit international des contrats. Ce qui nous permettra d'envisager une étude successive des principes généraux du droit (Paragraphe I) et des usages du commerce (Paragraphe II) susceptibles d'être appliqués aux litiges nés de l'exécution du projet CET.

Paragraphe I – L'utilisation des principes généraux comme droit applicable

893. Il faut noter que l'application de ces principes aux contrats internationaux dont le contrat CET nécessite l'existence d'analogies entre la situation à régir et les situations juridiques dans l'ordre interne. Pour être techniquement recevable, cette analogie doit obéir à certaines conditions : - il faut qu'il existe une identité de raison juridique ; - il faut qu'il y ait identité de raison juridique ; - il faut qu'il y ait identité ou similitude de rapports ; - enfin, il faut que les situations que l'on veut rapprocher ne soient pas irréductibles par leur spécificité.¹³⁴⁹

¹³⁴⁹ Jean SALMON, *op. cit.* p 743

Ces principes peuvent être divisés en deux catégories : les principes qui gouvernent le comportement des parties intervenant dans l'exécution du projet (Sous paragraphe I) et les principes qui sont appliqués aux contrats relatifs au projet et à leur exécution (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I : Le contrôle du comportement des parties

894. Les principes peuvent être appliqués par l'arbitre international au comportement de toute partie participant à l'exécution du projet CET, y compris l'Etat ou l'une de ses émanations. Parmi ces principes, il en existe un qui permet de contrôler le comportement des parties devant l'arbitre ou le juge compétent en cas de litige (le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou l'estoppel), un autre encadre la concurrence lors de l'attribution du projet CET (le principe de l'interdiction est de recourir à la corruption.)

A – Le principe de l'*estoppel*¹³⁵⁰

895. Pour bien comprendre ce principe et son utilité par rapport aux litiges nés de l'exécution du projet CET, on estime nécessaire d'aborder sa définition, son fondement et ses conditions d'application, son application par les tribunaux arbitraux et enfin son application effective pour le règlement des litiges du projet CET.

1- Généralités sur l'*estoppel*

a) La notion d'*estoppel*

896. Le principe d'*estoppel* est une règle d'évidence par laquelle une partie est interdite de nier l'existence de quelque état de faits qu'il a affirmé précédemment.¹³⁵¹ Autrement dit,

¹³⁵⁰ Sur le principe de l'estoppel voir A – MARTIN, L'estoppel en droit international public, précède d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais. Pédone 1979 ; E. GAILLARD, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) Rév. Arb. 1985, E. GAILLARD, note sous la sentence AMCO 25 septembre 1983 Rév. Cit. DVP 1986 pp 250 et 251, René DAVID, Les contrats en droit anglais. 2^{ème} édition LGDJ. 1983pp 123 et 330 Ph. PINSOLLE, Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international JFI. N° 4 1998 p 905 et 5.

l'*estoppel* est une interdiction faite à la personne qui, par ses conduites, ses attitudes, ses déclarations et ses actes c'est-à-dire par la représentation qu'elle a pu donner d'une situation, de pousser une autre personne à modifier sa position à son détriment ou au bénéfice de la première et d'établir en justice un fait contraire à cette représentation initiale¹³⁵². Une action ne peut être fondée sur l'*estoppel*¹³⁵³. Il s'ensuit que l'*estoppel*, dans son origine, est une règle de preuve. Les sentences arbitrales faisant référence au principe d'*estoppel* le mettent en œuvre comme une règle essentielle gouvernant le comportement d'une partie vis-à-vis l'autre¹³⁵⁴.

Ce principe, en sa qualité de principe général du droit, trouve son origine dans les législations nationales. Le droit français consacre unanimement le principe de l'exécution des obligations contractuelles de bonne foi. Ce principe repose sur une exigence de bonne foi interdisant d'affirmer d'un côté et de dénier de l'autre¹³⁵⁵. Conformément à ce principe, aucune partie impliquée dans l'exécution du projet CET (Etat, organisme public, société de projet, constructeurs, fournisseurs, exploitants) ne peut se prévaloir de ses propres contradictions au détriment d'autrui¹³⁵⁶.

¹³⁵¹ EARL JOWITT, *The Dictionary of English law*, sweet et Maxwell 1959 2nd impression 1965. *L'estoppel "a rule of evidence whereby a party is precluded from denying the existence of some state of facts which he has previously asserted"*.

¹³⁵² Emmanuel GAILLARD, op. cit. p 256

¹³⁵³ EARL JOWITT. Op. cit. p. 955 « *an action cannot be founded on an estoppel.* »

¹³⁵⁴ On a pu noter que la réception de ce principe en droit contractuel ne fait pas de doute. Car, il n'est pas logique que l'on puisse faire une chose et son contraire. Il en est aussi bien dans le droit public que dans le droit privé : ce principe exprime l'objectif de cohésion sociale que recherche le droit. Il tire aussi son efficacité des fondements religieux et moraux du Code Napoléonien. L'Ancien et le Nouveau Testament font de la « cohérence » une qualité morale. Ainsi « nul ne peut servir deux maîtres à la fois à la fois » (Mat. 6 : 2-4). D'ailleurs, Kelsen reprend ces textes pour expliquer les rapports entre les différents ordres juridiques. Il faut aussi « rendre à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu (Mat. 22 : 15-22, Marc 12 : 13-17, Luc 20 : 20-26). Enfin, la seule icône de Pilate dont certains ont condamné l'attitude sur le fondement de l'adage « *protestatio non valet contra factum* » est révélatrice du mépris à l'endroit de l'inconstant. Cet adage est donc une application du principe de cohérence. Ponce Pilate, à suivre les Evangiles, ne reprochait rien d'autres au Christ que l'agitation qu'il créait, aussi voulait-il l'épargner. Mais inconstant et faible, il n'eut pas la volonté : « Pilate prit de l'eau et se lava les mains en présence de la foule en disant : « je suis innocent de ce sang, c'est votre affaire » (mat. 6 : 26-29). Ainsi, Pilate proteste contre la condamnation qu'il prononce.

¹³⁵⁵ E. GAILLARD, op. cit. – 1985 p 246. La cour de cassation française a consacré le principe d'*estoppel* en déclarant que la partie qui porte son action devant la juridiction étatique en méconnaissant l'existence d'une clause compromissoire n'aura pas la possibilité d'invoquer ultérieurement la clause compromissoire dans le même litige ou même dans un litige connexe ; cass 1^{ère} civ. 6 juin 1978. JDI 1978 p 908 note OPPETIT.

¹³⁵⁶ Voir la célèbre formule du vice – président ALPARO dans l'affaire du Temple Préah Vihear entre le Cambodge et Thaïlande, RCIJ 1962 p.p 6 et 5.

b) Le fondement du principe de l'estoppel

897. Lorsqu'un litige survient pendant l'exécution du projet CET dans ses différentes phases (précontractuelle, construction, exploitation et la phase finale où la société de projet transfère la propriété du projet à l'Etat.), et qu'une partie engage les procédures arbitrales on se demande sur quel fondement pourrait reposer le recours éventuel au principe de l'estoppel. Selon la doctrine, le recours à l'estoppel se fonde sur deux pôles¹³⁵⁷. Le premier est la contradiction dans les actes les paroles et les déclarations de la partie soumise à l'estoppel. Le deuxième est la confiance faite à l'auteur de la représentation initiale par celui qui invoque l'estoppel. Ces deux éléments constituent l'essence même de la bonne foi. On peut donc conclure que ce principe trouve son fondement dans le principe de bonne foi qui a une grande importance pour le règlement des litiges provenant de l'exécution des contrats internationaux.¹³⁵⁸

c) Les conditions d'application du principe d'estoppel

898. Trois conditions sont requises pour l'application de principe de l'estoppel : a) un comportement donné chez une personne ayant pour effet de provoquer, en retour, un certain acte de la part d'une tierce personne ; b) un acte de cette personne ; c) enfin un désavantage pour cette dernière résultant du comportement de la première.¹³⁵⁹

L'application de ce principe aux litiges opposant les parties au projet CET suppose une attitude contradictoire prise par la personne soumise à l'estoppel. Grâce à cette position, il tire un avantage, et un préjudice résultant de cette position contradictoire subi par l'autre partie.

La réunion de ces conditions entraîne la recevabilité ou l'irrecevabilité de certaines preuves ou obligations prétendues par la partie soumise à l'estoppel. Celui-ci n'a aucun lien avec la question de la compétence.¹³⁶⁰

¹³⁵⁷ E. GAILLARD. Op. cit. p 247

¹³⁵⁸ Au contraire DII – DARGENT lui donne une base conventionnelle ou quasi conventionnelle selon laquelle l'estoppel se fonde sur un accord implicite entre l'auteur de la représentation et la partie qui modifie son attitude au vu de la représentation initiale DARGENT Thèse Grenoble 1943 pp 229 et S

¹³⁵⁹ G – D. NOKES, Introduction to Evidence. 1967 p 236 cité par René DAVID op. cit. p 291

¹³⁶⁰ Affaire AMCO, Rev. Cit. DTP 1986 P 251. note E. GAILLARD.

2°) L'application du principe de l'estoppel par les tribunaux arbitraux

899. Les tribunaux arbitraux ont eu l'occasion, à travers, un certain nombre de sentences arbitrales, d'appliquer directement ou indirectement le principe de l'*estoppel*. La première affaire¹³⁶¹ concerne un litige opposant la *Société AMCO* et ses partenaires au gouvernement indonésien, découlant d'un programme d'investissement dans un hôtel. L'investissement a été autorisé par le gouvernement indonésien pour une période de 30 années. En 1980, la République indonésienne a annulé l'investissement en révoquant l'autorisation d'investissement. L'*AMCO* et ses partenaires engagent les procédures arbitrales devant le CIRDI.

Le gouvernement indonésien invoquait devant le CIRDI, l'incompétence de celui-ci se justifiant par des contradictions contenues dans les déclarations des demandeurs. Leurs obligations, devant le CIRDI dit le gouvernement indonésien, sont contraires à celles qu'elles soutenaient devant les juridictions étatiques, indonésiennes. Parmi les cinq contradictions invoquées par le gouvernement indonésien, le tribunal en écarté quatre au motif qu'elles se rapportaient au contentieux du contrat de bail. Pour la cinquième relative au litige résultant de l'expropriation de l'investissement par l'Indonésie, le tribunal arbitral s'est déclaré compétent. Le tribunal a rejeté l'allégation du gouvernement indonésien fondée sur l'*estoppel* en disant que : « l'argument de l'*estoppel* n'était pas une question de compétence, mais de recevabilité, et que la condition de bénéfice obtenu par l'auteur de la représentation ou de détriment subi par l'autre partie n'était pas remplie en l'espace ». Pour renforcer son argumentaire, le tribunal a tenté de définir la notion d'*estoppel* en avançant que « ce concept provient de la *Common Law*. Il est cependant, fondé sur l'exigence fondamentale de bonne foi que l'on trouve dans tous les systèmes de droit, qu'il s'agisse des droits nationaux ou droit international. Il est vrai que la théorie de l'*estoppel* proprement dite, telle qu'elle a été développée dans les systèmes anglo-américains, est propre à ces systèmes et ne peut être considérée dans tous ses détails comme ayant une application universelle. Mais il n'est pas moins possible de tirer de nombreuses définitions de l'*estoppel* dans la *Common Law* l'essence du concept qui peut et doit être appliqué aux litiges internationaux tels que celui-ci. »

¹³⁶¹ *Affaire AMCO Asia Corporation*. Pour American Development Ltd et PT Amco Indonesia contre le Gouvernement de la République d'Indonésie (CIRDI) JDt 1986 pp 216 et S. obs. E. GAILLARD.

Une autre affaire a opposé *Woodward Clyde Consultant (W.CCID)* au *Gouvernement de la République Islamique d'Iran et l'Organisation de l'Energie Atomique d'Iran (OEAI)*.¹³⁶²

Une demande a été présentée par *Woodward – Clyde Consultant* (demandeur) au tribunal le 17 novembre 1981 contre la République islamique d'Iran. L'objet de la demande était le paiement de sommes qui seraient dues en contre parties des services rendus, en application d'un contrat de conseil passé le 2 septembre 1975 entre l'OEAI, d'une part et *Woodward Noorandy et Woodward – Clyde Consultants International Divisions (WCCID)*, d'autre part – sur la base de ce contrat, le W.C.C.ID s'est engagé à exécuter un certain nombre de prestations techniques et de conseil relatif au choix d'un site pour la construction d'une centrale nucléaire, et à payer les cotisations sociales à l'autorité iranienne compétente. Alors que l'OEAI a été obligée de retenir de tous les paiements faits en application du contrat, les sommes nécessaires à la couverture de ces charges sociales et de les verser sur présentation d'un reçu émanant de l'autorité compétente.

En s'opposant à la demande de paiement des honoraires du WCCID, l'OEAI a fait valoir qu'il n'était pas débitrice des sommes retenues en garanties du paiement des charges sociales sous prétexte que le demandeur avait failli à son obligation de payer ces charges et qu'il n'avait pas produit de reçu émanant de l'organisme iranien de sécurité sociale.

Après avoir examiné les faits et prétentions des parties, le tribunal a statué sur la question en avançant que « au soutien de sa demande concernant les sommes retenues en garantie du paiement des cotisations d'assurances sociales, le demandeur s'est initialement référé à un télex de son comptable iranien indiquant qu'un reçu avait été délivré par l'organisme iranien de sécurité sociale le 17 octobre 1979. Après l'audience, le demandeur a obtenu et produit aux débats une copie de ce reçu. Au soutien de son allégation selon laquelle le demandeur resterait devoir un avéré de cotisation sociale considérable. L'OEAI a produit des lettres de l'organisme de sécurité sociale annonçant que le demandeur et *Woodward – Noorandy* devaient des sommes importantes spécifiées dans ces lettres. Aucune mention n'est faite de l'octroi d'un reçu, ni aucune référence à un quelconque paiement dans les années en cause et le mode de calcul des montants qui resteraient dus n'est pas exposée. Bien qu'il n'y ait aucun doute sur l'authenticité du reçu présenté par le demandeur pas plus que sur celle des lettres produites par l'OEAI, ces documents constituent de la part de l'organisme de sécurité sociale des affirmations totalement contradictoires et inconciliables.

¹³⁶² E. GAILLARD, Op. cit. 1985, annexe II pp 272 et 5.

Etant donné qu'une affirmation a été émise à un moment proche des événements en cause et que l'autre a été émise en cours d'instance, et en considération de la règle générale de preuve selon laquelle les affirmations contradictoires d'une partie intéressée doivent s'interpréter contre cette partie, le Tribunal décide que le contrat et qu'il a droit au paiement des montants retenus au titre des assurances sociales. »

Dans l'*Affaire du Plateau des Pyramides de Guizeh* opposant le Gouvernement égyptien à la *Société SPP Ltd*, le tribunal a appliqué de façon indirecte le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en affirmant que « Le principe de l'action à l'égard du Gouvernement est que celui-ci, du fait des diverses mesures qu'il a prises en mai et juin 1987, a interdit toute poursuite du projet et, par conséquent, a commis une violation de ses obligations que celles-ci se ramènent à un revirement total (*amounted to a total repudiation*). Il ne fait pas de doute que l'action du gouvernement a, en fait, empêché toute poursuite du projet de l'Oasis des Pyramides.

Prima facie, il y avait là une violation de l'obligation faite au Gouvernement d'aider à la réalisation du projet des diverses façons mentionnées dans les contrats. En outre, par les actions mentionnées dans les contrats. En outre, par les actions mentionnées ci-dessus, le Gouvernement a contrevenu au principe général (reconnu en droit romain et en *Common Law*) selon lequel une partie ne peut agir de façon contraire (c'est-à-dire en allégeant ou en niant certains faits ou certains états de fait) après avoir, par sa propre conduite incité (*induce*) l'autre partie à faire quelque chose que celle-ci n'aurait pas faite si la première des parties n'avait pas en cette attitude. Les éléments fournis ont montré que la confiance dans l'aide gouvernementale était de toute évidence ce qui incitait (*the inducement*) les demandeurs à conclure les contrats... »¹³⁶³

3°) L'application du principe de l'estoppel aux litiges nés de l'exécution du projet CET

900. L'on peut déjà noter que l'application du principe de l'estoppel a pour but de réaliser une cohérence dans les actions des parties au projet CET. Il interdit à toutes les parties du projet (investisseurs, constructeurs, exploitants etc) à se contredire au détriment d'une autre partie.

Outre les cas faisant l'objet des sentences arbitrales susmentionnées, il est convenable d'appliquer le principe de l'estoppel dans d'autres cas.

¹³⁶³ Affaire CCI N° 3493 Rev – arb. 1986 p 16

Ainsi, il est possible de recourir au principe de l'estoppel si l'Etat partie au contrat CET essaie de décliner sa responsabilité internationale en invoquant la nullité du contrat en cause sous prétexte que l'organe administratif qui a conclu le contrat CET n'aurait pas eu le pouvoir juridique nécessaire d'engager l'Etat¹³⁶⁴. Par ailleurs, l'application de ce principe peut, comme l'a fait l'arbitre dans l'*Affaire AMCO*, avoir lieu si l'Etat partie au contrat CET révoque l'autorisation donnée à la société de projet pour construire et exploiter le projet. En effet, dans ce cas, si l'Etat contractant et son gouvernement continuent pendant un certain temps à agir en considérant le contrat CET comme valide et en tirent des bénéfices, l'application de l'estoppel s'impose. Là, la responsabilité internationale de l'Etat sera engagée sur le fondement de l'estoppel n'est plus une simple règle de preuve, mais un principe de droit substantiel selon lequel « un Etat partie à un litige international est tenu par ses actes ou son attitude antérieure lorsqu'ils sont en contradiction avec ses prétentions dans ce même litige. »¹³⁶⁵

L'estoppel peut également être appliqué si l'Etat énonce une prétention devant le tribunal compétent et se voir opposer d'avoir adopté antérieurement par rapport à la même question, une prétention ou attitude jugée contraire à l'endroit de son adversaire.¹³⁶⁶

En outre, l'application du principe de l'estoppel n'est pas seulement imaginable dans la phase de la conclusion du contrat CET, mais aussi au cours de l'exécution du projet. Ce qui donne lieu à l'application du principe d'estoppel pendant cette phase est l'attitude prise par l'Etat contractant vis-à-vis de la détermination de la portée des obligations nées du contrat CET ou à l'égard des droits dont bénéficie la société de projet conformément aux lois en vigueur au moment de la conclusion du contrat CET.

C'est ainsi que l'Etat pourrait interpréter la portée du contrat de façon contraire à son interprétation donnée auparavant sur le même contrat¹³⁶⁷. L'Etat contractant peut aussi tenter de modifier les lois sur les investisseurs comportant des avantages et les garanties de telle sorte à appliquer ces modifications de manière rétroactive au contrat CET conclu avec la société de projet. A ce stade internationalement, il est vrai que l'Etat est libre de modifier à

¹³⁶⁴ Husseyin PAEARCt. La responsabilité internationale des Etats à l'occasion des contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères. *Revue Générale de Droit International Public*. TLXXIX. 1975. p 409

¹³⁶⁵ Sentence arbitrale rendue le 9 décembre 1966 RSANU. Vol XVI pp. III et les observations de JP. COT, AFDI 1986 p 246 par E. GAILLARD op. cit. p 251.

¹³⁶⁶ Husseyin PAZARCT. Op. cit p 409.

¹³⁶⁷ Idem. P 409

tout moment son droit social, mais sa responsabilité sera mise en cause sur la base de son obligation internationale.¹³⁶⁸

B – Le principe de la condamnation de la corruption¹³⁶⁹

Nous aborderons successivement les types de corruption la position des droits nationaux et l'effet de la corruption sur les contrats CET.

1°) Le type de corruption exercée eu matière de contrat CET

901. Il arrive parfois, pour l'obtention du marché relatif à la réalisation du projet CET, que les entreprises étrangères concluent avec des intermédiaires ou des fonctionnaires des conventions ayant pour objet le versement de rémunérations occultes.¹³⁷⁰ En effet, la corruption pratiquée dans l'attribution du marché du projet CET est une corruption économique. Celle-ci est un acte « ayant pour objet l'obtention d'un avantage non justifié pour l'exercice d'une influence particulière à l'égard d'un responsable gouvernementale ou d'une administration gouvernementale ou d'une administration publique qui détient le pouvoir de prendre une décision affectant les intérêts en cause.¹³⁷¹

Dans l'attribution du marché CET, les actes pouvant constituer une corruption économique sont par exemple un détournement des procédures administratives ou une priorité accordée contrairement aux règles juridiques ou une exemption exceptionnelle des normes générales.¹³⁷²

Le rôle des intermédiaires de la corruption, dans la majorité des cas, est camouflé par les exigences légales prescrites par la loi du pays d'accueil. En Egypte, ces intermédiaires sont

¹³⁶⁸ Idem. P 409

¹³⁶⁹ Sur ce sujet, voir Bruno OPPETIT, Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international. JDI 1987 p. 5 ; Ahmed EL KOSHEN et Ph. LEBOULANGER, L'arbitrage face à la corruption et au trafic d'influence Rev. Arb. 1994 p 3 et 5. Mireille DELMAS-MARTY, La corruption des négociateurs de marchés internationaux. p 470. Colloque sur l'illicite dans le commerce international. Dijon 25, 26 et 27 janvier 1996 organisé par les Centres de Recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux. Université de Bourgogne. Lille 1996.

¹³⁷⁰ EL KOSHERI et LEBOULANGER, op. cit. 1984 p 3.

¹³⁷¹ Ahmed. EL KOSHERI. Les mesures envisagées par le système juridique égyptien pour lutter contre la corruption économique dans le domaine des relations transnationales. Rapport au XV^e congrès de l'IDEF. Criminalité internationale et politique Indépendance et Coopération. 1983 p 128 et 5.

¹³⁷² Idem p 131

les agents commerciaux, qui sont choisis souvent parmi les familles régnautes, par l'intermédiaire desquels les marchés de fournitures doivent être passés¹³⁷³.

Sa corruption économique affecte incontestablement le principe de la concurrence qui doit être respecté pour choisir la meilleure entreprise capable financièrement et techniquement de réaliser le projet. Or, la corruption a pour conséquence de ne pas choisir l'entreprise présentant l'offre la plus avantageuse financièrement et techniquement mais de choisir plutôt celle versant la plus grande commission. Ces pratiques ont des répercussions énormes sur la réalisation des projets aussi complexes que les projets CET.

2°) La position des droits nationaux sur la corruption

902. Relativement à ce phénomène, la majorité des législations nationales incrimine la corruption. Dans le droit égyptien, la corruption est une infraction prévue et réprimée par les articles 103 et 111 du Code pénal égyptien. De même, la corruption en droit français est réprimée par l'article 179 du Code pénal français pour la corruption active et l'article 177 pour la corruption passive et l'article 178 pour le trafic d'influence.¹³⁷⁴

Ces législations nationales incriminent en effet la corruption des fonctionnaires publics.

Ainsi, compte tenu de l'importance des fonctionnaires publics dans l'attribution des marchés publics dont ceux CET, ces peines peuvent constituer une garantie des règles de la transparence.

3°) L'effet de la corruption sur le contrat

903 La corruption n'intervient pas seulement à l'occasion de la conclusion du contrat CET entre la société de projet et l'Etat, mais aussi au moment de la conclusion des autres contrats faisant partie de l'édifice contractuel du projet CET.

Conformément aux droits nationaux et aux règles internationales publiques : le contrat conclu au moyen de la corruption est nul. La corruption affecte le consentement de l'Etat contractant. Du fait de cette nullité est relatif, l'annulation du contrat doit être demandée par l'Etat. Cette solution a été consacrée par l'article 50 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui dispose que « si l'expression du consentement d'un Etat à être lié par un traité a été

¹³⁷³ Idem p 130

¹³⁷⁴ La corruption pourrait exister sous deux formes : forme active de celui qui rémunère la complaisance de son partenaire et forme passive de celui qui se laisse « acheter ». Voir Mireille DELMAS – MARTY. Op. cit. p 472

obtenue au moyen de la corruption de son représentant par l'action directe ou indirecte d'un autre Etat ayant participé à la négociation. L'Etat peut invoquer cette corruption comme viciant son consentement à être lié par le traité ». Mais, si l'Etat contractant ne demande pas la nullité du contrat, CET conclu au moyen de la corruption ou s'il conclut et exécute le contrat en connaissance de cause, le contrat restera valable.

904. Dans la pratique arbitrale internationale, l'interdiction de recourir à la corruption devient un réel principe général du droit. Le contrat conclu au moyen de la corruption est non valable. La corruption porte atteinte aux bonnes mœurs et à l'ordre public international. Ces solutions ont été consacrées par une sentence arbitrale dans laquelle l'arbitre a décidé « qu'il ne peut pas être contesté qu'il existe un principe général de droit reconnu par les nations civilisées, que des contrats qui violent sérieusement les bonnes mœurs ou l'ordre public international sont non valables, ou à tout le moins insusceptibles d'exécution forcée et qu'ils ne peuvent recevoir la sanction des tribunaux ou des arbitres. Ce principe est spécialement destiné à être utilisé devant des tribunaux arbitraux internationaux auxquels il manque une loi du for, au sens ordinaire du terme ».

De l'attitude des législations nationales et des tribunaux arbitraux face à la corruption, on peut déduire qu'il existe une forte tendance vers l'instauration de la moralité qui doit dominer dans les opérations de changes internationales. Cette tendance vise surtout à condamner le recours à la corruption pour conquérir certains avantages. Des tribunaux arbitraux reconnaissant l'interdiction du recours à la corruption comme principe général du droit, essaient d'y remédier par la mise en place de deux techniques juridiques¹³⁷⁵ : la non-arbitrabilité d'un litige qui contient manifestement un acte de corruption ; l'arbitre a transformé le principe de l'interdiction de recourir à la corruption en érigeant à un principe de moralité matérielle d'application immédiate s'imposant à toute personne participant à une opératrice du commerce international.

Ainsi, l'arbitre se trouve de plus en plus dans l'obligation de reconnaître l'interdiction de recourir à la corruption comme principe général du droit, « usage, pratique, continue assisterait-on, avec la généralisation de la corruption à la manifestation la plus universelle, à défaut d'être la plus recommandable, de la *Lex mercatoria*. »¹³⁷⁶

¹³⁷⁵ EL KOSHERI, et LEBOULANGER, op. cit. Rev. Arb. 1984 p 18.

¹³⁷⁶ BRUNO OPPETIT, Le paradoxe de la Corruption à l'épreuve du droit du commerce international, JDI 1987 p 19.

Sous paragraphe II : Les principes généraux applicables à l'exécution du contrat CET

905. Parmi les principes généraux du droit qui peuvent être appliqués à l'exécution des contrats faisant partie de la structure contractuelle du projet CET, on envisage les principes de *restitution in integrum*, de l'exception *non adimpleti contractus*, de l'indemnisation du *Lucum cessans*, du respect des droits acquis, de l'enrichissement sans cause et de la *Pacta Sunt Servanda*.

A – Le principe du *Restitutio in integrum*

906. Conformément aux droits nationaux, le débiteur sera contraint, puisque l'exécution n'est pas trop onéreuse et n'est pas impossible, d'exécuter en nature son obligation.¹³⁷⁷ Appliquant ce principe à l'exécution des contrats du projet CET est-ce qu'il est possible que l'arbitre oblige une partie à n'importe quel contrat du projet CET d'exécuter son obligation contractuelle en nature en faveur de l'autre partie lésée ? C'est le principe de *restitution in integrum*.

Pour la partie lésée, l'existence d'un droit à la *restitutio in integrum* a été reconnue par M. R.-J. DUPUIS dans l'affaire Texaco.¹³⁷⁸ Dans l'*Affaire AMCO*, le tribunal arbitral a décidé qu'il est impossible que le tribunal remplace le gouvernement indonésien pour annuler la révocation de l'autorisation administrative de l'investissement. Il est douteux, a justement décidé le tribunal, d'appliquer ce principe face à un Etat souverain.

B – Le principe de l'exécution *non adimpleti contractus*

907. D'après ce principe, si les obligations correspondantes sont exigibles, chacun des contractants, dans les contrats synallagmatiques, peut refuser d'exécuter son obligation si l'autre partie n'exécute pas la sienne. Selon les droits nationaux, l'application de l'exception *non adimpleti* est conditionnée au caractère synallagmatique du contrat; à l'exigibilité de l'obligation entraînant l'exception; enfin, l'abus dans l'utilisation de l'exception est interdit. Contrairement à la résiliation de l'exception est interdit. Contrairement à la résiliation, la mise en demeure n'est pas nécessaire pour utiliser l'exception *non adimpleti*. Si ces conditions sont

¹³⁷⁷ V. l'article 203 du Code civil égyptien .

¹³⁷⁸ Jean SALMON, op. cit p. 750

remplies, l'exception *non adimpleti* peut être évoquée ; comme il en a été dans un certain nombre de sentences arbitrales, notamment dans les *Affaires Sapphire, Klocknet et AMCO*.

908. Le recours au principe de l'exécution *non adimpleti* a propos de l'exécution des contrats du projet CET suppose de gommer toutes les divergences concernant ses conditions d'application ses limites et ses procédures à suivre.¹³⁷⁹

C – Le principe de l'indemnisation du *Lucrum Cessans*

909. Plusieurs sentences ont décidé que les dommages et intérêts dus à la partie visée dans les contrats d'Etat doivent comporter non seulement, le préjudice mais aussi, le *lucrum Cessans*.

Parmi ces sentences, on peut citer la sentence rendue dans l'*Affaire Amco*. Cette sentence a jugé que le principe du *Lucrum Cessans*, d'après lequel la partie lésée doit obtenir des dommages intérêts complets, est un principe¹³⁸⁰ commun à tous les systèmes juridiques nationaux.

D – Le principe du respect des droits acquis

910. Il a pour objet de protéger les droits légalement acquis par les parties intervenant dans l'exécution du projet CET. La nature des droits dont il a la charge de protéger d'un côté, le but de garantir une certaine permanence à ces droits une fois acquis de l'autre côté font de ce principe « un instrument de défense individuelle ou du statu quo social ».¹³⁸¹

D'après M. PAZARCI, l'application de ce principe aux contrats conclus entre les Etats et les personnes privées pourrait prendre deux formes.¹³⁸²

En premier, il peut être appliqué en identifiant le contrat avec l'Etat et les droits qui en résultant, aux droits acquis. Toute atteinte aux droits acquis déclenche la responsabilité internationale de l'Etat qui sera fondée sur la violation du principe des droits acquis. L'application du principe des droits acquis aux contrats conclus entre un Etat et une personne privée, se heurte cependant, aux règles internationales actuellement en vigueur. En effet, ce

¹³⁷⁹ Idem, p 749

¹³⁸⁰ *Affaire Amco Asia Corporation. Paris American Development Ltd et PT Amco Indonesia contre le Gouvernement de la République d'Indonésie* (CIRDt) JDt 1986 pp 216 et 5. obs. GAILLARD.

¹³⁸¹ G. KAECKENBEECK. La protection internationale des droits acquis, Rec. Cons La Haye, vol. 99. 1937, citée pour Hnsseyiu PAZARCI, op. cit 1975 p 412

¹³⁸² Idem, p

principe est contraire au droit positif qui ne considère pas l'inexécution d'un contrat du fait de l'Etat en soi comme un acte internationalement illicite. Il est également contraire au pouvoir souverain reconnu à l'Etat de modifier et de résilier le contrat conclu avec une personne privée à condition que ce pouvoir soit exercé dans un but d'intérêt public, et avec paiement d'une compensation adéquate.

En deuxième lieu, le principe pourrait être appliqué aux contrats d'Etat en prenant seulement en considération des droits patrimoniaux résultant du contrat en les séparant de ce dernier. Selon cette hypothèse, la responsabilité de l'Etat ne sera pas engagée du fait de l'inexécution du contrat aux droits patrimoniaux du contractant. Le non respect de ces droits par l'Etat entraîne l'obligation d'indemniser le contractant.

E – Le principe de l'enrichissement sans cause

911. Il s'agit d'un principe selon lequel toute personne, même privée de discernement, qui s'enrichit sans cause légitime au détriment d'une autre personne, est tenue, dans la mesure de son enrichissement, d'indemniser cette personne. Cette obligation subsiste alors même que l'envahissement aurait disparu par la suite. L'application de ce principe suppose la réunion de trois conditions un enrichissement du débiteur, un appauvrissement du créancier et l'absence d'une cause légitime justifiant l'enrichissement.

Sur le plan international, d'après ce principe dans certaines circonstances sans engagement ni délit, la réalisation de certains avantages en contre partie d'un appauvrissement d'un autre sujet de droit, entraîne l'obligation d'une compensation en faveur de ce dernier.¹³⁸³

D'après cette définition, l'application de ce principe ne doit pas avoir un fondement contractuel. En effet, si cette condition fait apparemment obstacle à l'application de ce principe aux relations contractuelles entre les parties intervenant dans le projet CET, en matière de responsabilité internationale, du fait que le contrat est considéré plus qu'un fait qu'un acte juridique à l'occasion de la recherche d'un délit après sa violation, « il n'y aurait pas à priori d'empêchement logique à son application à l'égard des droits contractuels en matière de responsabilité internationale. »¹³⁸⁴

912. A notre avis, pour appliquer ce principe aux contrats internationaux dont le contrat CET, il ne suffit pas d'avoir un enrichissement d'un côté, et un appauvrissement de l'autre. Il

¹³⁸³ PAZARCT. op. cit. p 415

¹³⁸⁴ Idem. p. 413

faut distinguer si cet enrichissement est sans cause légitime ou non. Dans le premier cas, il sera possible d'appliquer ce principe. Au contraire, dans le deuxième cas, l'application de ce principe est impossible.

F – Le principe de la *Pacta Sunt Servanda*

913. En matière de contrats internationaux, les arbitres se réfèrent au principe de la *Pacta Sunt Servanda*. Il signifie que le contrat fait loi des parties. Il ne peut être révoqué ni modifié qu'avec leur consentement mutuel, ou pour les causes prévues par la loi. Jouant un rôle prépondérant dans les relations contractuelles, ce principe est consacré tant par les législations nationales que par les conventions internationales.

Paragraphe II – L'utilisation des usages du commerce international

914. La liberté contractuelle donnée aux parties des contrats internationaux en BOT, le recours des arbitres aux coutumes et usages du commerce international pour résoudre les litiges, l'importance des conditions et des contrats élaborés par des organismes internationaux et professionnels, justifiant pour autant l'intégration des usages du commerce dans le régime juridique relatif aux opérations d'exécution du projet CET. En effet, ces usages comportent des règles proposant des solutions de grands projets de construction. N'entendant pas donner une liste exhaustive des usages du commerce, on s'en tient à donner quelques exemples créés par la pratique contractuelle (Sous Paragraphe I) et relatifs au processus arbitral (Sous paragraphe II).

Sous paragraphe I : La contribution de la pratique contractuelle

915. La pratique des contrats internationaux de construction révèle des clauses nouvelles, des types et ensemble contractuels nouveaux et des conditions élaborés par des Fédérations et Organismes Internationaux, auxquels l'arbitre peut se référer pour résoudre les litiges survenus dans le cadre du financement du projet CET.

A – Les clauses nouvelles

916. Dans le cadre du financement du projet CET, l'exécution de la majorité des contrats faisant partie de la structure contractuelle est échelonnée dans le temps. Certes, dans tous les contrats, un certain temps séparé la conclusion du contrat de son exécution. Pendant l'époque de fluctuations accélérées à caractère économique, politique et monétaire. Il est donc nécessaire que les parties essaient de se prémunir par des clauses appropriées pour faire face au bouleversement de l'équilibre économique et financier du contrat. Là, la pratique a envisagé plusieurs clauses. N'ayant pas les mêmes sens et conséquences que lui attribuent les droits nationaux¹³⁸⁵ pratiques, la clause de force majeure a subi des aménagements moyens pour conserver la force obligatoire du contrat et la continuité de son exécution.

Les arbitres de la CCI ont désigné l'impossibilité d'une simple impraticabilité ou d'un caractère onéreux¹³⁸⁶. L'incapacité d'une des parties ne constitue pas une impossibilité puisqu'une autre partie pourrait poursuivre l'exécution à sa place. Ainsi, si l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat résultant d'un cas de force majeure est causée par l'une des parties, celle-ci ne peut pas soutenir cette impossibilité devant l'arbitre.

Le concept de la force majeure pose, d'ailleurs, un problème particulier dans les litiges survenus dans le cadre de l'exécution du projet CET dans la mesure où ces litiges impliquent des entités publiques. Souvent, les demandeurs prétendent, explique M. PAULSON, que l'intervention du gouvernement ne doit pas être reconnue comme un événement agissant hors du contrôle des parties. Les arbitres internationaux rejettent la possibilité d'invoquer de tels actes en tant qu'événement de force majeure lorsqu'ils ont été convaincus qu'il y avait collusion.¹³⁸⁷ Lors de l'évaluation d'un événement constituant un cas de force majeure, surtout son imprévisibilité, il convient de prendre en considération que les parties aux contrats internationaux sont présumées être au préalable averties de l'existence éventuelle de difficultés pouvant apparaître pendant l'exécution de tels contrats, et ceux-ci sont censés être sensibles aux fluctuations des prix et aux régulations gouvernementales du commerce international. Dans ce dernier cas, l'événement prévisible mais ignoré par le contrat, ne révèle

¹³⁸⁵ Philippe KAHN, Force majeure et contrats internationaux de longue durée. JDI 1975. pp 467 et 5.

¹³⁸⁶ Ian PAULSON, *la Lex mercatoria dans l'arbitrage* CCL Rev. Arb. 1990. p. 85

¹³⁸⁷ *Idem* p. 86.

pas des obligations d'une partie.¹³⁸⁸ La conséquence de la force majeure n'est pas plus l'exonération du débiteur, mais la suspension de l'exécution du contrat.¹³⁸⁹

Dans le même esprit, la pratique a créé une clause dite de *hardship* ayant pour objet, comme on l'a déjà indiqué : de sauvegarder le contrat, et constitue en même temps un instrument de protection contre les bouleversements économiques, technologiques et politiques. En effet, le recours de l'arbitre à la clause de *hardship*, qui permet la réadaptation du contrat lorsque des événements extérieurs à la volonté des parties viennent bouleverser l'économie du contrat une différence paraît subsister, notamment en ce que l'imprévisibilité de l'événement dans le cas de force majeure est plus rigoureuse que dans le cas de la clause de *hardship*.¹³⁹⁰

L'exécution des contrats CET aura également subi des fluctuations monétaires pouvant affecter le prix des contrats *take or pay et supply or pay*. Là encore, la pratique fournit aux parties une clause dite de stabilisation monétaire qui permet d'indexer la monnaie sur sa valeur or au jour de la conclusion du contrat. Dans une affaire célèbre, un vendeur iranien s'est vu attribué par une sentence arbitrale des dommages et intérêts en raison de la rupture du contrat contractuelle de stabilisation monétaire, sans que les arbitres aient besoin de se référer au contenu de la loi applicable au contrat.¹³⁹¹

B – Les nouveaux ensembles contractuels

917. Ils permettent à l'arbitre de trouver les solutions appropriées au fur et à mesure de l'évolution du projet. Parmi ces ensembles, on retient les contrats clé en main qui sont très couramment utilisés dans le cadre du financement de projet CET, et les contrats produits en main.

Contrairement au contrat clé en main par lequel on achète un outil de production complet mais limité à ses aspects matériels, par le contrat produit en main on achète une présence de constructeur à long terme tout en admettant de la prolonger bien après la fin de l'outil de production lui-même, jusqu'à ce que l'exploitation par le personnel local satisfasse aux spécifications contractuelles¹³⁹². En effet, les règles établies par ces mécanismes contractuels

¹³⁸⁸ *Idem* p 86

¹³⁸⁹ B. GOLDMAN, La Lex mercatoria dans les contrats et arbitrage internationaux Réalité et perspective. Op. cit. p 488.

¹³⁹⁰ *Idem* – p. 489

¹³⁹¹ Cité par Jan PAULSON, op. cit. p 83

¹³⁹² Jean-Albert BOON et René GOFAN, les contrats « clés en main » Masson Paris 2^{ème} éd. 1982, Salem Mahmoud et Marie-Angèle SANSON-HERMITTE, les contrats « clé en main » et les contrats « produit en main » technologie et vente de développement Libanais techniques. Paris 1971/1982, Salem Mahmoud et Marie-

aident l'arbitre à trancher les litiges relatifs à la détermination de la portée des obligations des parties, au financement : à l'assurance, à la priorité des installations aux garanties sur les actifs ou sur le *cash flow* du projet, à la période de la garantie après la réception des installations, au transfert de technologie etc. Ainsi, la pratique fournit des exemples d'ensembles contractuels nouveaux plus complexes, et d'une importance financière considérable pour le financement des grands projets tels que les euros - crédits et les euros - émissions.

C – Les conditions élaborées par les Fédérations et organismes

918. Outre les clauses nouvelles et les ensembles contractuels nouveaux, l'arbitre peut recourir aux conditions et règles établies par des Fédérations et des Organismes internationales et régionaux pour trancher les litiges nés de l'exécution des projets CET.

Parmi ces Fédérations, on peut citer la FIDIC. En effet, la plupart des appels d'offres internationaux auxquels les entreprises spécialisées dans le domaine du génie civil se réfèrent au modèle de la FIDIC ; modèle élaboré et cadre juridique de réalisation des travaux de génie civil, la FIDIC présente l'avantage d'être largement connue dans le monde entier et d'avoir obtenu l'approbation de l'*Association General Contractors of America*, de l'*Inter America Federation of Asiar and Western Participe Contractor's Association*. Exportées à travers le monde entier par les bureaux d'Ingénieurs Conseils américains et Anglo-saxons, les conditions FIDIC ont été élaborées pour pallier à l'insuffisance des législations des Etats du Tiers Monde, et à fournir aux entrepreneurs et maîtres d'ouvrages un droit matériel professionnel propre à régir leurs relations au niveau international.¹³⁹³ Récemment, la FIDIC, comme on l'a déjà montré, a publié les *Conditions of Contracts for EPC Turney Projects*, connues sous le nom des Conditions du Silver Book et destinées aux projets clé en main et CET.

918. Devenues des sujets de droit international au même titre que l'Etat¹³⁹⁴, la Banque Mondiale et ses institutions jouent un rôle très important dans le domaine de la réalisation des grands projets. Créé en 1946, en même temps que le FMI, la Banque Mondiale, avec ses deux institutions affiliées (L'Association Internationale pour le Développement « AID » et la

Angèle SANSON-HERMITTE, les contrats « clé en main » et les contrats « produit en main » technologie et vente de développement Libanais techniques, Paris 1971

¹³⁹³ Patrick SIMARD. Le contrat international de Génie Civil (Conditions FIDIC) Thèse de 3^{ème} cycle Paris I. 1980.

¹³⁹⁴ Lonis SABOURIN, Organismes économiques internationaux. La Documentation Française. 1994.

Société Financière Internationale « SFI »)¹³⁹⁵, met en place des règles importantes dans le domaine de l'attribution et la passation des marchés publics, des appels d'offre, des garanties des risques commerciaux, politiques et financiers, du financement des projets d'infrastructures, des règlements des litiges, de l'exécution des projets internationaux, etc.

Sous paragraphe II : Les usages du commerce international relatif au processus arbitral

919. Avant de donner quelques exemples d'usages du commerce tirés de la jurisprudence, il convient d'étudier la position de l'arbitre vis-à-vis de leur formation et application aux litiges.

A – La position de l'arbitre dans la formation et l'application des usages du commerce international

920. Selon M. FOUCHARD, l'arbitre international tranche les litiges nés de l'exécution des contrats internationaux, « en fonction, non pas de telle ou telle loi étatique, généralement mal adaptée à ce commerce international, mais de normes qui sont propres à ce dernier, qui se forment d'une manière coutumière au sein d'une communauté internationale d'hommes d'affaires, d'une société internationale de commerçants, et qui constituent une sorte de droit commercial véritablement international. »¹³⁹⁶

Se formant en marge des cadres et des autorités étatiques à l'intérieur de groupes humains qui ne se constituent pas au sein d'une nation, mais d'une ou plusieurs professions, dit M. FOUCHARD, ce droit coutumier résulte de l'existence d'organes qui sont les arbitres, les institutions arbitrales, chargés de le consacrer et de le faire respecter¹³⁹⁷. Le rôle des juridictions arbitrales ne se limite pas à constater les usages commerciaux de la profession, mais les sentences arbitrales qu'elles rendent contribuent aussi à la formation de nouvelles règles jurisprudentielles. Ces règles constituent un véritable droit national du fait qu'elles recouvrent l'ensemble de la matière des obligations tant contractuelles, délictuelles que quasi-délictuelles (vices du consentement, silence, interprétation du contrat), et qu'il existe des sanctions non étatiques assurant l'exécution des sentences arbitrales telles que des sanctions

¹³⁹⁵ Yves FRANCHET, Méthodes d'évaluation de la Banque Mondiale pour le financement des projets de développement – Banque 1981 N° 406

¹³⁹⁶ Ph. FOUCHARD, L'arbitrage commercial international Dalloz 1965 p 401

¹³⁹⁷ Idem. p 403

pécuniaires (fournir des cautions pour garantir les frais de l'arbitrage ou l'exécution de la sentence), des sanctions morales (publicité de l'inexécution de la sentence), des sanctions privatives (interdiction de l'accès aux bourses ou aux marchés gérés ou contrôlés par l'institution arbitrale au défaillant.)¹³⁹⁸

B – Exemples d'usages du commerce international tirés de la jurisprudence arbitrale

921. L'exemple le plus important pour le règlement des litiges nés de l'exécution d'un projet CET est la règle selon laquelle un Etat ou un organisme public ne peut pas, lorsqu'il signe un contrat avec une personne privée étrangère, invoquer sa propre loi pour invalider une convention ou une clause compromissoire auxquelles il est partie.¹³⁹⁹

Cette règle a été incorporée dans des droits nationaux et dans des conventions régionales relatives à l'arbitrage. Pour le premier cas, le droit fédéral suisse sur le droit international privé a adopté cette règle. Pour le deuxième cas, l'article 2 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage élaboré pour l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) dispose que « les Etats, les collectivités publiques territoriales et les établissements publics n'ont pas le droit d'invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage. »¹⁴⁰⁰

A cet exemple très important, s'ajoute l'obligation pour chaque partie au contrat de minimiser les pertes, l'interdiction faite aux parties de s'attacher à des différences de rédaction d'un ensemble de conventions négociées et conclues avec le dirigeant d'un groupe de sociétés, l'abandon du chantier par le constructeur qui ne peut être justifié que par une faute très grave du maître de l'ouvrage¹⁴⁰¹, l'autonomie de la clause compromissoire. Ces règles constituent une source importante pour l'arbitre lorsqu'il tranche un litige né de l'exécution d'un contrat faisant partie de la structure contractuelle du projet CET.

¹³⁹⁸ Idem, pp 467 et 5.

¹³⁹⁹ Jam PAUL-SON op cit. 1990, p 81

¹⁴⁰⁰ Pascal K. AGBOYIBOR, OHADA – droit des affaires en Afrique, RDAI N° 4, 2000, p. 492. L'Acte est publié dans son intégralité dans la RDAI N° 4, 200, pp. 599 et 5.

¹⁴⁰¹ Pour ces deux exemples voir les sentences arbitrales en les confirmant et citées par B. GOLDMAN, Op. cit. pp 495 et 496.

La règle de la minimalisation des pertes met à la charge de la partie au contrat de minimiser les pertes pour son cocontractant, ce qui contribue à limiter les conséquences injustes du maintien rigoureux du contrat.

Selon l'interdiction faite aux parties de s'attacher à des différences de rédaction, les parties ne peuvent tirer un avantage quelconque, en soulevant des différentes conventions conclues avec un dirigeant de groupe de sociétés. D'ailleurs, le constructeur n'a la possibilité d'abandonner la poursuite de l'exécution des travaux qu'en cas de faute très grave commise par le maître de l'ouvrage, ce qui constitue une garantie pour les promoteurs et prêteurs qui tiennent par tous les moyens à poursuivre les travaux dont l'achèvement conditionne la mise en service des installations.

CONCLUSION AU TITRE II

923. Etant donné que les risques inhérents à la réalisation des projets complexes et inscrites dans une longue période, et est légitime que les intervenants dans le projet focalisant leurs efforts sur les modalités de règlement des litiges, partant du droit applicable. Généralement, la présence de l'Etat ou de l'une de ses émanations comme partie dans les contrats de concession CET de *Supply or pay et take or pay*, ne reste pas sans effet sur la résolution des litiges pouvant naître au cours de la négociation.

Le règlement des litiges du projet CET passe, en général par trois phases successives.¹⁴⁰² La première consiste à essayer de résoudre le litige par la négociation directe entre les représentants techniques et juridiques des parties. Si la négociation n'aboutit pas, les parties présentent leurs litiges à un Panel souvent composé d'experts (trois) qui émettent des recommandations à caractère facultatif. En cas d'échec, les parties entament la procédure arbitrale. Au cas où les parties adoptent les conditions FIDIC du Silver Book ; ou du Red Book pour la construction des installations, ce qui est fréquent, la saisine de l'arbitrage exige la soumission préalable du DAB du Silver Book ou à l'ingénieur selon la clause 67 du Red Book. Alors que l'expert statue sur les litiges par des recommandations dépourvues de la force obligatoire, le Panel d'experts ou l'ingénieur réagissent par des décisions provisoirement obligatoires. Etant donné que le règlement amiable (négociation, expertise technique) n'aboutit pas en général à des décisions obligatoires, le recours à l'arbitrage est inévitable pour régler par des décisions obligatoires définitivement le litige.

L'une des caractéristiques des projets CET est la présence de clauses de règlement amiables des litiges. Présentant l'avantage « de ne pas s'inscrire dans une dialectique vainqueur – vaincu.¹⁴⁰³ » Le règlement amiable revêt une grande importance dans la mesure où il n'entraîne pas l'interruption des travaux de construction ou de l'exploitation du projet. Par ce règlement, les parties essaient de résoudre leur problème au fur et à mesure et au moment même de leur naissance. Cependant, le succès du règlement amiable dans le cadre du financement du projet CET nécessite de choisir des experts, conciliateurs et médiateurs spécialisés et expérimentés dans les règlements des litiges des grands projets. Ils doivent être également impartiaux. Ce qui impose aux parties de ne pas désigner une personne ayant une

¹⁴⁰² George VERVENIOTIS. Alternative Dispute resolution in two major construction BOT contracts. ICLR PART 4 1996 p 589

¹⁴⁰³ Dominique BERLIN. Les procédures de règlement des différends dans les contrats Nord – Sud in Contrats internationaux et développement. Economica 1999 p 78.

relation de toute nature avec l'une des parties au litige. Comme les contrats CET examinés le recommandent, les experts ou médiateurs ne doivent pas avoir un lien de quelque nature que ce soit avec l'une des parties intervenant dans l'exécution du projet : la société de projet, les prêteurs, les fournisseurs, les constructeurs, les exploitants, les maintenanciers. Il ne faut donc pas choisir comme expert, conciliation ou médiateur, un ressortissant du pays d'accueil, un agent de la société de projet, des prêteurs ou l'un de ses actionnaires. Le bon choix des experts, conciliateurs et médiateurs, doit être renforcé par la bonne foi des parties au litige de faire réussir les procédures.

Pour le règlement juridictionnel, entre les positions extrêmes du recours méthodique à l'arbitrage et de compétence exclusive de la juridiction nationale, pour tous les litiges, il existe des positions internationales.

924. Le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges nés de l'exécution d'un projet CET est nécessaire si les différents pays veulent attirer des investissements. Ni les entreprises internationales, ni les prêteurs, ni les établissements de crédit n'acceptent d'intervenir dans l'exécution ou dans le financement d'un projet situé dans un pays qui ne permet pas le recours à l'arbitrage. Les législations des pays interdisent totalement ou partiellement le recours à l'arbitrage, comme le Pérou, doivent supprimer tous les obstacles juridiques entravant ce recours, surtout pour les personnes publiques. Ainsi, il convient de limiter l'Etat ou l'organisme public, lorsqu'ils entrent dans des relations contractuelles avec des personnes privées d'invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage. L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA empêche les Etat-parties ou l'une de leurs entreprises publiques d'invoquer devant le tribunal l'une de ces exceptions.

Pour ne pas avoir des sentences contradictoires, et éviter les coûts élevés de la mise en place de plusieurs tribunaux arbitraux et rendre les sentences arbitrales opposables à tous, les différentes parties doivent insérer dans tous les contrats faisant partie de l'édifice contractuel du projet une clause d'arbitrage multipartite.

Du fait que l'arbitrage n'est pas une fin en soi, mais un moyen pour un règlement reprise et efficace des litiges, il est nécessaire que les investisseurs étrangers puissent exécuter les sentences rendues en leur faveur. A quoi bon une sentence arbitrale dont le titulaire ne peut pas l'exécuter. A ce sujet, l'indépendance, l'impartialité et l'accessibilité des cours et tribunaux nationaux doivent être assurées.

Le recours à l'arbitrage, pour l'Etat ou l'une de ses émanations, ne doit pas enfin être subordonné, comme en France, à une autorisation d'organe public ou à une loi. Cela dans le but de faciliter les démarches administratives qui constituent l'un des grands obstacles pour la localisation des projets CET.

Le droit applicable à l'opération de l'exécution du projet CET, dans la majorité des cas, est le droit du pays d'accueil. Dans le cadre du financement du projet CET, certaines situations se rapportant à la phase précontractuelle échappent, à la *lex contractus*. Mis à part la loi applicable à la formation du contrat qui reste soumise à la loi applicable au contrat même dans certaines situations précontractuelles (négociations pour la conclusion des différents contrats), même si elles suscitent un conflit de lois ou la détermination de la loi applicable dépend du fondement choisi par la partie lésée, c'est le droit du pays d'accueil qui s'impose. Dans d'autres, l'applicabilité de cette loi est inévitable en raison de la présence de l'Etat ou l'un de ses organismes publics comme partie aux contrats de concession, *take or pay* et *supply or pay*. Par ailleurs, les personnes publiques lorsqu'elles envisagent d'entrer dans les relations contractuelles avec des personnes de droit privé ou public sont obligées de respecter les procédures de l'attribution des marchés publics et de l'obtention des autorisations administratives nécessaires au commencement des travaux et à l'entrée en vigueur des contrats. Elles sont également tenues de respecter les lois d'application immédiate dans le droit de leur pays qui seront applicables quelles que soit la loi choisie par les parties pour gouverner le contrat. D'ailleurs, en l'absence du choix des parties, le caractère international de l'opération incite la doctrine et les tribunaux arbitraux à exiger sa soumission à des règles différentes de celles contenues dans les lois nationales.

Le financement de projet CET est caractérisé par la diversité des relations contractuelles qui est corollaire des différents contrats conclus entre les intervenants dans l'exécution du projet. Devant être harmonisées, ces relations sont interdépendantes dans la mesure où l'exécution d'un contrat dépend de l'exécution des autres, et chaque contrat doit traduire des exigences de deux principaux intervenants à côté de l'autorité concédante (les promoteurs et les prêteurs) exprimés dans le contrat de concession CET on accorde le projet.

En effet, ce constat peut nous conduire à dire que cette interdépendance justifie la soumission de l'ensemble des contrats concourant à la mise en œuvre de ces projets à un même droit.

Outre l'interdépendance des relations contractuelles, la souplesse des mécanismes admise par un certain nombre de droits nationaux (comme la *Common Law*) peut exiger que ce droit national régitte l'ensemble de l'opération. Le rôle prépondérant que joue la volonté des

parties dans le choix applicable, la nécessité de prendre en considération les règles impératives contenues dans les droits nationaux et de recourir aux usages du commerce international et principes généraux du droit pour combler les droits nationaux lacunaires, semblent entraver la soumission de l'ensemble des contrats faisant l'objet de la structure contractuelle du projet CET à un seul ordre juridique. Ce qui confirme cette remarque c'est qu'en pratique, les tentatives qui ont été faites dans ce sens, surtout à l'initiative des pays d'accueil ont été vouées à l'échec. A l'occasion de la mise en place des contrats relatifs à la construction et à l'exploitation de la Centrale thermique de Shajiao, le gouvernement chinois a réussi à imposer de joint – Venture qui était utilisé comme contrat de concession. En estimant que les contrats d'achat de charbon (*supply or pay*) et de vente d'électricité (*take or pay*) doivent suivre le régime juridique de l'Accord de projet, accord principale, les autorités chinoises ont demandé que ces conventions soient soumises au même droit que celui applicable à l'accord principal. Cette exigence a rencontré une vive résistance de la part des entreprises étrangères, et a provoqué le blocage des négociations pendant un certain laps de temps.¹⁴⁰⁴

924. Il est donc difficile d'appliquer un seul droit à l'ensemble de l'opération sans également se préoccuper du lieu où elle se déroule. Rappelons que la faillite préconisée contre l'un des intervenants dans le projet s'ouvrira devant le tribunal dans le ressort duquel sont situées les installations, et que le tribunal appliquera son propre droit national pour déterminer la validité des sûretés et décider quels créanciers du projet passent avant les autres. En effet, le choix d'un droit étranger pour régir l'ensemble des sûretés ou des contrats mis en place dans le cadre du projet CET, expose à des surprises, car le juge interprétera la règle étrangère selon ses propres règles juridiques nationales et il la rejettera lorsqu'elle est en contradiction avec sa propre règle nationale. En effet, « toute tentative de généralisation en sujet du régime juridique des engagements souscrits par l'Etat vis-à-vis d'un contractant privé étranger est périlleuse. »¹⁴⁰⁵

¹⁴⁰⁴ Voir les détours dans *International Financial Law Review* 1984 p 24

¹⁴⁰⁵ Jean Michel JACQUET. L'Etat, opérateur du commerce international. JDI. N° 3 1989 p 642.

CONCLUSION GENERALE

925. Contrairement aux projets traditionnels, l'exécution des projets CET passe par trois phases distinctes. Quel que soit le nombre de phases et les risques inhérents, elles visent finalement tout l'accomplissement d'un même objectif. Précédées par de longues et délicates négociations basées sur des études de faisabilité faites ou recommandées par les éventuelles parties et le gouvernement d'accueil, ces trois phases vont de la construction des ouvrages au transfert gratuit des installations au gouvernement d'accueil, en passant par une phase d'exploitation plus longue, par conséquent plus exposée à des risques. En effet, la bonne conduite de ces trois phases nécessite la mise en place d'un cadre propice aux négociations financières et contractuelles plus complexes que celles en usage dans les projets classiques, ainsi qu'un système de règlement des litiges nécessairement accompagné d'un droit en mesure d'apporter des solutions adaptées.

Ayant pour vocation de mettre à la disposition de la société de projet les fonds nécessaires et d'établir un mécanisme de garantie de remboursement des dettes et de couverture des risques, les aménagements financiers se fondent sur deux conventions. Si la première dite groupement d'entreprises a pour objet de mettre en place un coussin financier en fonds propres : la deuxième dite prêt syndiqué comprend fondamentalement deux éléments, les sources de financement en prêt et la couverture du risque de non remboursement.

En revanche, les négociations contractuelles sont axées sur un contrat de concession devant être conclu entre le gouvernement d'accueil et une société concessionnaire, société de projet, choisie suite à une procédure d'appel d'offres. Ce contrat définit les obligations générales des parties et fixe la durée d'exploitation des installations ainsi que les modalités de rémunération. Ces obligations sont formalisées par les délais prévus et d'assurer l'exploitation des installations ainsi que les modalités de rémunération. Ces obligations sont formalisées par les délais prévus et d'assurer l'exploitation du projet dans les meilleures conditions (contrats take or pay, supply or pay, d'exploitation, de maintenance des installations).

A un second niveau, on peut constater que la mise en œuvre des résultats des études verticales est paralysée par les contraintes réglementaires. En effet, tout au long de la présente étude, on a remarqué que l'exécution des projets CET bute sur les problèmes relatifs aux financements (fonds propres, quasi fonds propres, prêts bancaires, prêts des organismes financiers internationaux et les prêts des établissements de crédits à l'exploitation), aux garanties, à la

couverture des risques, aux mécanismes juridiques et contractuels adaptés aux objectifs des intervenants, et aux modes de règlement des litiges et au droit applicable.

926. Si les études verticales dans le domaine de la co-traitance, des prêts syndiqués et ceux accordés par les institutions internationales et les établissements de crédits à l'exploitation, des garanties des contrats d'Etat, de l'arbitrage international du droit applicable etc. qu'on a modestement essayé d'appliquer aux projets CET nous fournissent des solutions adaptées à ces aspects, il convient de remarquer que leur mise en œuvre, dans le cadre du financement de projet CET est généralement paralysée par les contraintes d'ordre réglementaire et par les comportements archaïques et interventionnistes des autorités publiques.

927. Utilisée pour la réalisation des grands projets d'infrastructure, la technique CET a depuis quelques années prouvé son utilité. N'étant pas une fin en soi, mais un moyen pour accélérer l'établissement des ouvrages d'intérêt public, la formule CET permet de répondre à des besoins essentiels du développement tout en déchargeant l'Etat ou ses démembrements des tâches de financement des projets qui se sont toujours heurtées à des ressources budgétaires de plus en plus rares et à des emprunts publics faibles et limités. Les préoccupations de construction et de développement des infrastructures qui sont indissolublement liées à la croissance économique tant dans les pays industrialisés que dans les pays en voie de développement, ouvrent un champ plus vaste à la mise en œuvre de cette technique.

Mais il faudrait quand même niveler les obstacles qui s'opposent encore à son extension. A cet effet, il est nécessaire d'établir une combinaison entre les sources de financement privé et public et un partage équitable des risques. Dans un contexte où les pays ne disposent pas d'un budget suffisant pour l'entreprise de grands projets, les ambitions des autorités publiques doivent se concentrer sur la mobilisation de ressources financières de toute origine et sur le dégagement d'une rentabilité économique globale largement positive sur des ouvrages à caractère public.

En effet, le débat ne porte pas sur l'opportunité de recourir aux fonds publics pour financer des équipements publics, mais sur la recherche d'une voie conciliatrice entre des intérêts opposés, Etat et investisseurs. Les autorités publiques s'intéressent à la viabilité économique alors que les prêteurs et les investisseurs sont attirés par la viabilité financière du projet. Dans ces conditions, les efforts financiers du pays d'accueil ne doivent pas s'orienter vers la recherche de ressources soit purement privées, soit purement publiques, mais vers une

combinaison plus ou moins optimale de capitaux provenant aussi bien de sources privées que de sources publiques. Et, il ne doit pas également penser faire supporter tous les risques du secteur privé, mais il est plutôt indispensable de promouvoir une formule de partage de risques entre partenaire privé et partenaire public. Cependant, ce partage doit être minutieusement effectué pour éviter des incidences négatives sur le projet telles qu'une diminution des coûts de construction ayant pour conséquence la dégradation de la qualité des installations ou des produits et services générés, une augmentation corrélative des coûts de la maintenance et de l'exploitation qui pourrait se produire si les promoteurs et les prêteurs privés assurent seuls les risques liés au financement, à la construction et à l'exploitation.

928. L'Etat doit œuvrer pour la mise en place d'un cadre institutionnel assurant les conditions de la concurrence et de la transparence. Cela suppose accorder la priorité aux initiatives privées constructives et à la propriété privée et minimiser l'intervention de l'Etat. Pourquoi l'Etat assure des missions qui pourraient être efficacement, rapidement exécutées par une personne privée ? Dans le cadre du financement de projet CET, il faut transformer l'Etat de performance en un Etat de garantie : il ne doit pas tout faire, mais tout simplement garantir les paramètres et les événements, incontrôlables et inappréciables. Ainsi, les autorités publiques doivent établir un environnement juridique permettant aux promoteur et prêteurs de trouver les mécanismes juridiques compatibles à leurs objectifs. Dans les pays émergents les incessants contraintes réglementaires sur les investissements dans le domaine de l'infrastructure explique le nombre limité d'investisseurs directs provenant des pays industriels. L'instauration d'un climat juridique et économique propice au partenariat privé international paraît donc nécessaire.

928. La création d'un environnement juridique propice à la réalisation des projets CET ne peut être réalisée qu'après éradication des obstacles et contraintes contenues dans les droits nationaux. De plus, il faut libérer l'administration des entraves résultant du droit public interne pour lui permettre d'agir de manière souple et pragmatique.

Relativement à la structure financière des projets CET, l'intervention des pouvoirs publics visant à améliorer la rentabilité du projet et à diminuer certains risques de façon à le rendre finançable et éligible par les investissements privés est nécessaire. Ils doivent apporter des subventions pour diminuer le coût du financement et de l'exploitation, présenter des prêts à longs termes ou prendre le risque de refinancement du dépassement du coût initialement prévu ou contribuer au capital de la société de projet sous forme d'avances subordonnées ou par d'autres instruments financiers similaires pour aider à résoudre le problème des fonds

propres. Une telle intervention constitue un facteur déterminant pour l'intervention des institutions financières internationales et régionales. En effet, ces prêts et subventions ont une grande importance pour le financement de l'opération de construction qu'il est difficile de réaliser uniquement par recours à des prêts bancaires ou à des apports collectés auprès des investisseurs. Pour les premiers, les banques sont réticentes dans la mesure où les risques de dépassement du coût et les risques politiques et commerciaux sont élevés. Pour les investisseurs, ils n'ont pas l'intention d'investir dans les projets dont le rendement est, non seulement aléatoire mais aussi, très différé dans le temps. Les investisseurs exigent dès le début une rémunération minimum. Pour écarter cet obstacle, il sera préférable de les associer au capital de la société de projet à travers des subordonnés, des prêts participatifs et des obligations convertibles en action.

Puisque les pays en voie de développement ne disposent pas de moyens financiers suffisants pour faire face aux besoins en capitaux que requièrent ces projets, et que le secteur privé ne peut pas à lui seul fournir ces fonds, des financements budgétaires ou privés totalement garantis par l'Etat relèvent de l'illusion. Par conséquent, l'association des capitaux privés et publics et la facilitation de l'accès aux marchés de capitaux par les autorités tant internationales que nationales s'imposent pour le financement de ces projets. Mais, à cause des coûts élevés des prêts sur les marchés de capitaux internationaux et des risques inhérents, le recours à ce marché doit être secondaire.

Le dépassement du coût de construction constitue l'un des plus graves risques auxquels sont confrontés les investisseurs privés pour la construction des ouvrages à caractère public. L'une des raisons de ce risque réside dans l'intervention de l'autorité concédante au nombre de la protection des usagers ou utilisateurs et des obligations de service public. En raison des risques de répercussions défavorables sur la rentabilité attendue par les intervenants, l'intervention de l'autorité concédante est envisageable pendant la période de la construction ou de l'exploitation. Pendant la phase de construction, la personne concédante peut exiger l'accomplissement d'investissements supplémentaires, alors que pendant la phase d'exploitation, elle peut imposer des conditions complémentaires ou des contraintes tarifaires qui accroissent les coûts de l'exploitation et donc, limiter les recettes des projets.

Pour équilibrer leur intervention et la liberté des promoteurs dans la conception des installations et la fixation du prix des services du projet de telle sorte que celles-ci donnent le rendement escompté, les pays d'accueil sont invités à établir des cahiers des charges

continuant les modalités d'attribution du projet et les obligations générales des parties, les modes de fixation de la rémunération du concessionnaire et la durée de la concession et précisant les cas dans lesquels l'autorité concédante peut intervenir. A défaut, le recours à la formule CET sera difficile et les pays en voie de développement peuvent s'orienter vers d'autres modes de financement.

La réalisation des projets CET, surtout dans les pays à monnaie fragile ne disposant pas d'un marché de capitaux à long terme, et à très haut risques, se heurte aux risques de change et de variation du taux d'intérêt de non convertibilité des monnaies locales en devises, de l'interdiction de transfert à l'étranger des devises ou de couvertures de comptes bancaires à l'extérieur des frontières du pays d'accueil. Tous ces risques peuvent avoir des conséquences fâcheuses sur le déroulement d'un projet CET. Là, l'intervention du pays d'accueil par l'intermédiaire de sa Banque centrale paraît nécessaire pour garantir le change de monnaie locale résultant des recettes de la société de projet et pour assurer la convertibilité des recettes en devise. Mis à part la loi vietnamienne qui met à la charge du gouvernement la garantie du change du Dôngs, on a constaté que la majorité des législations nationales sur les changes ne prévoient pas cette obligation. Une intervention législative s'impose alors pour obliger le gouvernement d'accueil à intervenir pour écarter ces risques en disposant que « l'Etat garantit à la société de projet, tout au long de la période de concession, la convertibilité du cash flow en devise, la possibilité de transfert à l'étranger des devises ainsi obtenues et autorise l'ouverture de comptes en devise auprès des banques étrangères.

929. Dans le cadre du financement de projet CET, les garanties gouvernementales constituent la pierre angulaire du projet, car elles sont un élément déterminant pour que la construction et l'exploitation des installations se poursuivent. En effet, ces garanties rétablissent la confiance perdue à la suite des mouvements de nationalisation et prouvent l'intéressement des pays d'accueil au succès du projet. Dans ces garanties, les investisseurs et les institutions financières internationales n'accepteront pas d'intervenir. Ainsi, les risques d'expropriation et de discrimination doivent être écartés, et la liberté d'aller et venir, la stabilité réglementaire assurés. Les intervenants, dans la majorité des Conférences qui ont lieu dans différents pays sur les projets CET, ont évoqués l'importance des risques fiscaux, l'instabilité des systèmes juridiques et judiciaires, les difficultés réglementaires qui paralysent la mise en place d'un système de sécurisation des investisseurs.

L'objet du contrat de concession CET, qui est toujours d'exploiter un service public, constitue un grand obstacle pour constituer des garanties réelles sur les actifs de la société de projet

exigés par les prêteurs. En France, cet obstacle pourrait être écarté par le recours à l'article 50 du Code du Domaine de l'Etat qui correspond au Chapitre II relatif à « l'utilisation complémentaire des immeubles domaniaux ». Il dispose que « un décret pris en exécution de l'article 39 – II 2^{ème} alinéa de la loi N° 57.708 du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs fixe les conditions dans lesquelles les immeubles appartenant à l'Etat peuvent malgré leur affectation aux besoins d'un service public faire l'objet avec des personnes publiques ou privées de convention spéciale autorisant une utilisation complémentaire desdits immeubles si cette utilisation ne fait pas obstacle à l'accomplissement du service public. Ces conventions peuvent, par stipulation expresse, exclure la précarité inhérente aux occupations du domaine public. De telles conventions peuvent être conclues par les concessionnaires ou exploitants du service public affectataire pour la durée excédant celles de leur concession ou de leur droit d'exploitation avec l'accord de l'Etat. Elles n'entrent en vigueur qu'après l'approbation du ministre des finances et des ministres intéressés ». Cet article permet donc à la société concessionnaire et à l'autorité concédante de soumettre les biens de concession à une autorisation d'occupation domaniale en vertu de laquelle la société concessionnaire en tant que bénéficiaire de cette autorisation, sera propriétaire des constructions et installations agréées pendant toute la durée de l'occupation. En l'occurrence, la société de projet, en tant que propriétaire, pourra vendre, les installations construites ou constituer sur celles des droits réels, surtout des hypothèques.

Au Sénégal, cet obstacle a été également écarté par l'article 25 du Code des Investissements. Tout de même et par souci d'efficacité, de clarté et de transparence, une intervention législative paraît nécessaire pour soustraire les immeubles du projet du domaine public pour les placer sous un régime de domaine privé. A défaut, il faut au moins autoriser la société de projet à constituer sur les actifs du projet des sûretés réelles tels que l'hypothèque et le nantissement en stipulant que « les biens corporels et incorporels constituant les éléments de l'actif du projet pourront faire l'objet selon le cas de nantissements et d'hypothèque ». A ce moment, la société de projet aura la possibilité de consentir des droits réels sur ces immeubles en faveur des banques prêteuses ou de toute autre institution financière. Même si de telles dispositions ont été adoptées en matière de garanties réelles, les droits franco-africains sont en retard par rapport aux droits anglais et américains. En effet, les législateurs franco-africains ont établi un système de sûretés pour les meubles (nantissement) différent de celui pour les immeubles (hypothèque). Pour faciliter la mise en place des garanties dans le cadre du financement de projet CET, il est conseillé d'adopter la *floating charge* des droits anglais et la

Security interest de droit américain. Selon ces deux systèmes, l'assiette de sûreté contiendra les meubles et les immeubles et ne se limitera pas aux biens présents du débiteur et à venir.

Par contre, en matière de garanties indirectes, les lois et la jurisprudence française essaie de forger de nouveaux instruments juridiques pour faire face aux exigences des nouvelles formes d'investissement ou de financement. En France, on a vu que le législateur, par l'article premier de la loi Dailly, stipule que les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir, mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés, peuvent être cédées ou données en nantissement. Il permet également aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage. Ainsi, il a adopté de nouveaux modes de financement comme les prêts participatifs. Aussi, la plupart des codes civils comportent des instruments, telles que la cession de créance, la subrogation, la délégation, la stipulation pour autrui, permettant aux banques prêteuses de pouvoir disposer de garanties substantielles. Relativement à la structure contractuelle, le gouvernement à la structure contractuelle, le gouvernement d'accueil, avant de passer un marché de concession, doit avoir déjà bien mesuré les enjeux des projets à court, moyen et long terme. Outre, une préparation minutieuse du contrat de projet de concession ou Accord de projet, cela suppose de la part de l'autorité concédante une implication technique, économique et financière tant pendant la phase de la construction que pendant la phase de construction pour veiller au maintien de l'équilibre économique initial de la concession. Etant toujours exécutés par le biais des contrats, les projets CET nécessitent la mise en place d'un droit des contrats et des mécanismes privés. Ce droit doit confier aux contrats de concession, *supply or pay*, *take or pay*, le caractère privé.

930. En matière d'appel d'offres, on a vu qu'il existe, deux procédures pour la conclusion du contrat CET, l'appel d'offres proprement dit et le marché de gré à gré. Du fait que chaque projet a ses propres caractéristiques, on estime qu'il ne faut pas fixer une procédure précise qu'il s'applique à tous les projets dans tous les domaines, mais laisser, comme le permet la législation turque et vietnamienne aux autorités publiques la liberté de choisir telle ou telle procédure selon la nature des besoins du projet ou opter pour la procédure de l'appel d'offres comme méthode principale tout en autorisant le recours à la procédure de marché de gré à gré si la nature du projet l'exige. En tout état de cause, la transparence et la concurrence doivent être assurés. Ainsi, le critère d'attribution automatique du marché au titulaire de l'offre à plus bas prix doit faire place à celui de l'appel d'offres qui ne prend pas seulement en considération le prix, mais les qualités techniques de l'entreprise soumissionnaire. A ce moment, à la suite de l'examen de différentes offres, les entreprises soumissionnaires doivent

être préqualifiées tout en réduisant le nombre d'entreprises à l'étape de préqualification et permettant l'établissement d'un dialogue après et avant cette étape pour déboucher sur des solutions appropriées aux problèmes techniques. D'ailleurs, la durée qui sépare la présentation des offres de la réponse donnée par l'autorité adjudicatrice ne doit pas être longue. Les entreprises soumissionnaires peuvent renoncer à leur offre, surtout si elles se rendent compte que la présentation d'une telle offre coûte cher. Pour le transfert de technologie, il convient d'exiger, comme au Pérou, la participation d'offrants nationaux en associant avec les offrants internationaux qui apportent leur concours financier au projet.

931. Si les législations existantes sont favorables au recours à la procédure de l'appel d'offres, elles ne permettent aux autorités adjudicatrices de recourir à la procédure de marché de gré à gré que dans des hypothèses déterminées. Le nouveau code sénégalais des marchés publics.

Pour que ces autorités puissent choisir la méthode appropriée à la nature des installations à réaliser et pour encourager les entreprises à soumissionner, ces législations doivent respectivement mettre en place des procédures ayant pour vocation de conserver des droits de l'entreprise soumissionnaire dont l'offre a été rejetée, surtout leurs droits relatifs à la propriété intellectuelle, et confier aux autorités adjudicatrices une liberté de décider de recourir à la procédure de l'appel d'offres ou à la procédure de marché de gré à gré selon la nature du projet.

Pour écarter tout litige relatif à l'identification des autorités publiques ayant pouvoir pour conclure un contrat de concession CET et de donner des autorisations administratives pour l'exploitation des équipements à caractère public, la législation préconisée doit préciser ou identifier ces autorités comme l'a fait la législation philippine. Une difficulté majeure relative à la mise en place de la structure contractuelle réside dans les contraintes réglementaires concernant la détermination du prix des services ou du produit généré par le projet et qui sont applicables au contrat de concession. Du fait, les promoteurs et les prêteurs sont remboursés par l'unique cash flow, une liberté tarifaire constitue un élément clé pour le succès de la formule CET.

En effet, il est inimaginable de financer des projets d'infrastructures selon la formule CET sans engagement clair du pays d'accueil sur la politique tarifaire restrictive allant certainement à l'encontre de toute initiative incitatrice du financement privé des ouvrages publics. En Egypte et en France, la situation est différente dans la mesure où ils adoptent le principe de la liberté tarifaire.

Pour l’Egypte, les lois adoptant la technique contractuelle CET (Lois N° 3 de 1997, N° 229 de 1996 et N° 100 de 1996) rendent non applicables à la société de projet les contraintes tarifaires relatives aux projets de construction et d’exploitation CET : les aéroports, les autoroutes et la production de l’électricité. Pour la France, son droit ne contient à notre connaissance, aucune restriction sur la liberté de déterminer des prix des biens : produits et services.

Dans le contrat du Tunnel sous la Manche, elle a accordé aux concessionnaires une liberté tarifaire. L’évolution certaine des charges financières et fiscales des coûts de travaux et l’entretien et la dimension des fréquentations des installations doit justifier également la reconnaissance à la société de projet le droit d’augmentation du prix, mais après approbation des autorités concernés (La loi vietnamienne). En effet, la perte de cette liberté et l’attitude des agents de l’Etat ayant pour conséquence de limiter les gains des intervenants dans le projet à une rémunération juste ont fait échouer certains projets et contribué à en modifier d’autres.

C’est pourquoi, la législation préconisée doit contenir un article stipulant que « les concessionnaires peuvent fixer librement les tarifs des produits ou des services du projet abstraction faite de toutes contraintes ou restrictions contenues dans les lois et règlements relatifs au contrôle des prix et des tarifs appliqués aux services publics ».

Du fait que cette liberté tarifaire pourrait avoir des répercussions graves sur les utilisateurs ou acheteurs des services ou des produits du projet. L’intervention de l’autorité concédante par l’intermédiaire du contrat take or pay est imminente. Par ce contrat, l’autorité concédante achète les services et produits du projet de la société concessionnaire en diminuant leur prix de vente. La durée de la concession doit être relativement longue pour permettre l’amortissement des investissements. Dans certain nombre de projets, il peut arriver que cette période soit suffisamment longue de telle sorte que les intervenants réalisent des plus voulues qui dépassent largement la rentabilité espérée. Dans d’autres, elle peut être courte d’une manière à ne pas permettre d’amortir les capitaux investis. Dans le premier cas, on a remarqué que le pays d’accueil impose aux promoteurs de financer des projets similaires, y compris les infrastructures qui facilitent l’accès au projet. Dans le Tunnel du Mont Blanc qui est très rentable, le pays d’accueil exige de réaliser un autre Tunnel avec les infrastructures devant faciliter l’entrée et la sortie du Tunnel.

En revanche, dans le deuxième cas, le pays d’accueil essaie de compenser les investisseurs en accordant des subventions, des prêts à long terme, ou la possibilité d’augmenter le tarif ou le

prix des services ou produits du projet. Les projets d'Orlyval et du Tunnel sous la Manche témoignent de cette constatation. A ce sujet, la majorité des législations dans les pays d'accueil ne sont pas en mesure de présenter des solutions suffisantes. Mise à part un certain nombre de législations, comme la France (Loi Sapin du 8 février 1995) et en Grande Bretagne où la période de concession dépend des prestations à fournir et des caractéristiques de chaque concession : ces législations fixent la période de concession des services publics d'une façon très stricte en la plafonnant. La législation égyptienne impose que cette période ne doit pas dépasser 99 ans.

932. A votre avis, à l'instar du *Dartford Crossing project* où elle est de 20 ans et peut s'achever dès que les promoteurs réalisent des plus values, la période de concession doit être flottante de telle sorte qu'elle puisse s'achever dès que les promotions et les prêteurs récupèrent leur capital avec une rémunération équitable. Par contre, elle pourra être prolongée si la rentabilité du projet s'avère faible. La législation recommandée doit reconnaître à la période de la concession ce caractère flexible en disposant que « suivant la date de l'entrée en vigueur du contrat de concession, la durée de concession expire dès que la société de projet rembourse ses dettes avec une rémunération équitable. A défaut, elle continue à exploiter le projet jusqu'à ce qu'elle puisse atteindre cet objectif. »

Au niveau du règlement des litiges et de la loi applicable, les pays doivent écarter les contraintes ou restriction imposées aux personnes publiques en matière d'arbitrage. Il est impossible que des investisseurs et des prêteurs interviennent dans un projet dont les litiges seront résolus uniquement par recours à la juridiction nationale. C'est pourquoi on préconise d'insérer dans la législation en question l'excellent article contenu dans l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA. Cet article dispose que « toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les Etats et les autres collectivités publiques peuvent également être partie à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

Pour éviter l'interruption des travaux de construction ou l'exploitation, des problèmes relatifs à l'exécution des sentences arbitrales et pour faire intervenir des experts, des conciliateurs et médiateurs spécialisés dans le règlement des litiges nés de l'exécution des grands projets et capables de donner des solutions adéquats aux problèmes techniques, la législations suggérée doit renforcer et encourager les modes de règlement amiable en imposant que les litiges soient

préalablement réglés par la voie de la négociation, de la conciliation et de l'expertise technique.

Le dialogue porte plus de progrès que les contraintes réglementaires. Autrement dit, il vaut mieux privilégier le règlement à l'amiable sur le recours à la justice étatique ou arbitrale. La législation préconisée doit accorder aux parties une liberté choix du droit applicable aux différents contrats CET en éliminant les restitutions imposées par les législations nationales en la matière qui exigent que tout contrat passé entre l'Etat ou l'une de ses émanations et des entreprises étrangères soit soumises à la loi nationale (le Royaume d'Arabie Saoudite et le Pérou).

933. Les perspectives d'avenir pour la formule CET semblent très prometteuses. La majorité des pays européens asiatiques et africains nuisent sur cette technique. Cela explique la vague des législations (loi vietnamienne, chinoise, égyptienne, botswanaise, sénégalaise, la *Private Finance Initiative* anglaise etc) qui autorisent le secteur privé à réaliser de grands projets d'infrastructure et par la demande croissante de montage du type CET surtout de la part des pays de l'Europe de l'Est et de l'Asie.

D'ailleurs, la communauté européenne essaie d'établir un marché libéralisé des services et des infrastructures qui font encore l'objet d'un monopole pour instaurer un régime de concurrence (la directive de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés de télécommunications).

Dotée au milieu des années 1980 d'un département « infrastructures », la Banque Mondiale élabore des recommandations et réglementation qui visent respectivement l'ouverture des marchés publics de l'énergie dans les pays en voie de développement et l'allègement de la procédure des autorisations d'attribution de fonds aux projets pour lesquels des promoteurs privés auront pu présenter une offre. A son tour, la FIDIC a récemment publié les conditions du Silver Book destinées essentiellement à mettre en place des règles appropriés à la réalisation défaillie sur le financement privé des projets à caractère public.

La CNUDCI a fini d'élaborer un Guide codifiant tous les problèmes que l'exécution de ces projets déclenche. Actuellement, le débat ne porte plus que sur les modalités de la coopération entre secteur public et secteur privé de façon à ne pas remettre en cause l'opportunité de recours au secteur privé pour l'investissement en CET. C'est pourquoi, les pays en voie de développement sont invités à procéder à des adaptations réglementaires en matière de protection de la propriété intellectuelle et industrielle et d'acquisition des biens publics, en matière de droit des sociétés, qui doivent octroyer une marge de liberté aux sociétés

d'investissement privé pour pouvoir définir leurs propres modalités de fonctionnement en matière d'investissements privés de marchés financiers et valeurs mobilières,

934. Le droit social et du travail, de droit bancaire, de fiscalité, enfin de monnaie et change. Ainsi, les comportements des autorités publiques (juste rémunération, intervention dans la détermination et la fixation des tarifs, interdiction de recourir à l'arbitrage) doivent être modifiés.

935. La technique du financement du projet CET fait ses preuves et elle n'est certainement pas encore prête à être abandonnée. Grâce à cette technique, il est dorénavant possible de résoudre la quadrature du cercle : trouver des capitaux pour le financement des équipements à caractère public susceptible d'attirer des promoteurs et investisseurs privés.

936. Cependant, l'Etat ne doit pas seulement être intéressé par le T du CET, mais aussi par les CE du CET dans la mesure où le bon achèvement du C du CET et la bonne conduite du E du CET conditionnent et facilitent le T du CET.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX

BATIFFOL et LAGARDE, *Droit international privé*, 7^e éd. 1983

BAUVERT Paulette et Nicole et SIRET, *Droit des sociétés et autres groupement*, 2^e éd. Eska Paris. 1999.

DE LAUBADERE André, MODERNE Frank et DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, T. I. éd. LGDJ, 1983.

DE LAUBADERE André, MODERNE Frank et DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, Dalloz, 6^e éd. 1994.

DELEBECQUE Philippe et Jean-Michel JACQUET, *Droit du commerce international*, Dalloz 2^e éd. Lamy 1999

FOUCHARD PH. , GAILLARDE et GOLDMANN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec. 1996.

GAVALDA Christian et STOUFFLET Jean, *Droit bancaire. Institution, Comptes, Services*, Litec. 1992

GUYON Yves, *Droit des affaires*, Tome I, Economica, 10^e éd., 1996.

GUYON Yves, *Droit des affaires*, Tome II, Economica, 10^e éd., 1996

HARMEL J. ? LAGARDE G., JAUFFRET A., *Droit commercial*, Dalloz 2^e éd., T.I. 1980

LARROUMET Christian, *Droit civil, Les obligations, le contrat*, 3^e éd. TIII Economica. 1996

LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, *Droit international privé*, Dalloz, 6^e éd , 1999.

LOUSSOUARN Yvon et BREDIN Jean-Denis, *Droit du commerce international*, Editions, Sirey, 1960.

MALAURIE Philippe, *Droit des obligations*, Les conrs du Droit, l'Université de Paris II , 1982-1983.

MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, *Droit civil, les obligations* 2^e TOME I, les sources, Dalloz, 1988.

MAZEAU Henry, MAZEAU Léon et CHABAS Jean-François, *Leçons de Droit civil, Obligations, théorie générale*, 8^e éd. Moutchrestien, 1991.

PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, T. 12, LGDJ, 1953.

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratif*, LLGDJ, 1995.

RIPERT G. ROBLOT R. *Traité de droit commercial*, LGDJ, 17^e éd. T. I 1998

II- OUVRAGE SPECIAUX

AUBY Jean-François, *La délégation de service public, guide pratique*, Dalloz, 1997.

BABANDO Jean-Pierre, *Groupement d'entreprises et cotraitance*, Moniteur, Paris, 1996.

BAPTISTA Luiz O. et DURAND-BARTHEZ Pascal, *Les associations d'entreprises, Joint venture dans le commerce international*, LGDJ éd 2 1991.

BARMANN Johannes, BRINK Ulrich et Alii, *Les garanties du crédit en droit allemand*, Documentation française, 1978.

BEGUIN Jacques, *L'arbitrage commercial international*, Centre de Recherche en Droit privé et comparé du Québec, éd. Y. BLAIS, Montréal, 1987.

BENMANSOUR Hacène et VADCAR Corinne, *Le risque politique dans le renouveau contexte international*, Dialogues éditions, 1995.

BERAUD Jean-Paul, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, LGDJ, 1992.

BETTINGER Christian, *La gestion déléguée des services publics dans le monde, Concession en BOT*, Berger-Levrault, 1997.

BIED-CHARRENTON F. et RAFFEGEAU J. *Financement des entreprises*, Francis Lefebvre, 1992.

BOON Jean-Albert et GOFFIN René. *Les contrats « clé en main »*, Masson, Paris 2 éd. 1987.

BOULET-CORDONNIER Ghislaine, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, EFE, Paris. 1992.

BOYE Abdelkader, *L'acte de nationalisation*, Berger-Levrault, Paris. 1978.

BRABANT André, *Les marchés publics et privés dans la CEE et Outre-mer*, T. I. Bruylant Bruxelles, 1992

BRABANT André, *Les marchés publics et privés dans la CEE et Outre-mer*, T. II. Bruylant Bruxelles, 1992.

BUDIN Roger Philippe, *Guide pratique de l'exécution des contrats internationaux de construction. Contrôle permanent, prévention et traitement des litiges, aspects contractuels. Conditions FIDIC, règles de la Banque mondiale*, Staempli éditions SA berne, éditions Litce, Paris, Bruylant SA Bruxelles, 1998.

BUDIN Roger Philippe, *Les clauses arbitrales internationales bipartites, multilatérales et spéciales, L'arbitrage « ad hoc » et institutionnel, clauses modèles*, éd. Payot, Lausanne, 1993.

CHARLESWOORTH, *Le droit anglais des affaires*, 12^e éd. Par Clive M. SCHMITTOHOFF et DAVID G. La documentation française, Paris traduit par Raymond de Menasse. 1976.

CHANCE Clifford, *Project finance*, IFR publishing LTD 1991.

CORCHIA David et BENCHOU Ivan, *Le financement de projets*, Project finance, Editions ESKA, Paris, 1996.

COUDVYLLE André, *Les concessions de services publics des collectivités locales*, Editions Sirey, 1993.

DAIGRE Jean-Jacques, *Pactes d'actionnaires*, GLN, Joly, éditions, 1995.

DAVID René, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982.

DAVID René, *Les contrats en droit anglais*, 2^e éd. Par David PUGSLEY GRIVART de KERSTRAT, Librairies générales du Droit et de Jurisprudence. 1985.

DUBISSON Michel, *Les accords de coopération dans le commerce international*, Moniteur. 1989.

DUBISSON Michel, *La négociation des marchés internationaux*, Moniteur. 1982.

DUBISSON Michel, *Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux*, Librairies Techniques, Paris, 1985.

- DUFAU Jean, *Les concessions de service public*, Moniteur 1979.
- EL HADAD Hafiza, *Les contrats conclus entre le Etats et les personnes étrangères*, 1^è éd. Alexandrie, 1996.
- FINON Dominique et DIBONGUE Kouo (sous la direction de), *Investissements et nouveaux aspects contractuels dans les industries électriques africaines*, Institut de l'Energie et de l'environnement de la Francophonie, 1998.
- FONTAINE Marcel, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clause*, FEDUCI, 1989.
- FONTAINE Marcel, *Gestion financière internationale*, Dalloz, Paris, 1997.
- FOUCHARD Philippe, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1985.
- FRANCESHINI Pierre et PELLISSIER Lucien, *Constitution et fonctionnement des unions et des groupements d'entreprises industrielles et commerciales*, Le Moniteur des travaux publics et du Bâtiment, 1972.
- GISCAR- d'ESTAING François, *Financement et garanties du commerce international*, PUF 1^è éd. 1977.
- GUISLAIN Pierre, *Les privatisations. Un défi stratégique, juridique et institutionnel*, De Boeck-Wesmael, 1995.
- HEUZE Vincent, *La réglementation française des contrats internationaux*, GLN, Paris, 1990.
- JOWITT Earl, *The dictionary of english law*, Sweet & Maxwell, London, 2^è éd. Impression, 1965.
- KASSIS Antoine, *Théorie générale des usages du commerce, droit compare, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, LGDJ, 1984.
- KHARALLAH Georges, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984.
- LANGELFELD-WIRTH Klaus, *Les joint venture internationaux, pratiques et techniques contractuelles des coentreprises internationales*, GLN Joly, 1992.
- LEBOULANGER Philippe, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, préf. B. Goldman, Economica, 1985.
- LEGEAIS Dominique, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 1996.
- LOGOZ François, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire : étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*, Librairie Droz, 1991.
- MAROIS B. et BEHAR M. *Comment gérer les risques politiques liés à vos opérations internationales ?*, Centre du commerce extérieur, 1981.
- MATOUT Jean-Pierre, *Droit bancaire international*, 2^è éd. Revue Banque éditeur, 1996.
- MERCADAL M. et JANIN P. *Les contrats de coopération interentreprises*, Lefebvre, 1974.
- MOGENET Robert, *Les marchés de l'Etat et des collectivités locales*, 6^è éd. Moniteur, 1991.
- MOURGUES Nathalie, *Capitaux propres et quasi-fonds propres*, Economica, 1996.
- NAJJAR Alexandre Roger, *Les nouvelles sûretés personnelles*, L'Université de Paris, I, 1991.
- NEVITT Peter K. et FABOZZI Frank, *Project financing*, 6^è éd. 1995.
- PETEL Philippe, *Les obligations du mandataire*, Litec, préf. M. CABRILLAC, 1989.
- PICARD M. et BESSON A., *Les assurances terrestres, le contrat d'assurance*, Tome I 5^è éd. LGDJ, 1982.

POMMIER Jean-Christophe, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, 1992.

REDFERN Alan et HUNTER Martin, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 2^e éd. 1991.

ROBERT André, *Réaliser un équipement public : montages juridiques et financiers*, Nouvelles éditions fiduciaires, 1993.

SABOURIN Louis, *Organismes économiques internationaux*, La Documentation française, 1994.

SALEM Mahmoud et SANSON-HERMITTE Marie-Angèle, *Les contrats « clé en main » et les contrats « produits en main » : technologie et vente de développement*, Librairie technique, Paris, 1979.

SAVAS E S . *Privatisation et partenariat public-privé*, Nouveaux Horizons, Paris 2002.

SIMON Yves, *Techniques financières internationales*, 5^e éd. Economica, 1993.

SPICK Jérôme, *Le tunnel sous la Manche, Que sais-je ?* 1992.

TUNC André, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, 4^e éd. Economica, 1997.

VINTER Graham, *Project finance: a legal guide*, 2^e éd. Sweet & Maxwell, 1998.

WIZT Claude, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1995.

III- THESES

BARRY Emmanuel, *Les garanties juridiques et financières exigées par les pays de l'Afrique de l'ouest dans les contrats internationaux*, thèse, Paris I, 1983

BERLIN Dominique, *Le régime juridique international des accords entre Etats et ressortissants d'autres pays*, Thèse, Paris I, 1981.

BETTEMS Denis, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, perspective internationale*, Méta Editions, Lausanne, 1989.

BLANC Gérard, *Le contrat international d'équipement industriel, l'exemple algérien*, Thèse d'Aix-en-Provence III, 1989.

BLANCHARD Patrick, *Des montages juridiques pour la production indépendante d'électricité*, Thèse, Paris V, 1994.

COHEN-JONATHAN Gérard, *Les concessions en droit international public*, Paris, 1966.

COVA Bernard, *Stratégies de soumission aux appels d'offres internationaux de projets industriels*, Thèse Paris IX, 1989

DENIAU Pascal, *Les contrats de financements internationaux sur projet, modalité de garantie du financement des investissements*,

DIENG François, *Les groupes bancaires*, Thèse, Paris II, 1986.

GLAVINIS Panayotis, *Le contrat international de construction*, Ph. Fouchard, GLN Joly, 1993.

JARROSSON Charles, *La notion d'arbitrage*, préf. OPPETIT, LGDJ, 1987.

KADIKI Khaled, *Contrats internationaux de travaux publics et développement en Lybie*, Thèse Dijon. 1979.

KENGUE Gabriel, *Le contrat d'assurance crédit pour la couverture des risques d'exportation*, Thèse Paris V. 1996.

KHAN Philippe, *La vente commerciale internationale*, Thèse Paris V. 1996.

LECONTE F. *Le rachat des concessions*, Thèse, Paris I, 1942.

NDRE Paul Yao. *Les contrats de développement (le cas des Etats membres du Conseil de l'Entente*

NEDJAR Didier, *Les projets internationaux : le nouveau régime des accords de développement économique*, Thèse, Paris I, 1987.

NZOUBETH Diennedort, *Les litiges entre associés*, Thèse UCAD 2005, Dakar Sénégal.

PAUTOT Serge, *L'arbitrage international dans les marchés de travaux publics internationaux*, Thèse Aix-Marseille. 1976.

POLACK Huguette, *Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de services publics en cas de manquement à ses obligations*, Librairie Rousseau, 1958.

RIFFARD Jean-François, *Les security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, préf. Jean STOUFFLET, LGDJ, 1997.

SIMARD Patrick, *Le contrat international de génie civil (Conditions FIDIC)*, Thèse 3è cycle Paris I. 1980.

SOURANG Moustapha. *La technique contractuelle. Contribution à l'étude des accords d'établissement entre Etats et les personnes privées étrangères*, Thèse, Bordeaux 1980.

VASSEUR Michel, *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Thèse Paris, 1949.

ZALLAM Abdul Karim, *Les contrats internationaux de construction-exploitation-transfert*, Thèse Paris II. 1999.

ZEIN Youma, *Les pools bancaires, aspects juridiques*, Economica. 1998.

IV- ARTICLES DE DOCTRINE

ABGAHISSAH Sena, *Aspects juridiques des produits dérivés négociés sur les marchés de gré à gré*, in *Mélanges AEDBF-France, Droit bancaire et financier*, Banque éditeur, 1998, pp. 15-47.

AMSLER Yves, *Rôle de l'ingénierie et maîtrise d'œuvre dans la concession*, in *L'expérience française du financement privé des équipements publics*, sous la direction de Claude MARTINAUD, Economica, 1993, pp. 157-170.

ANTINI Pierre, *Les techniques de crédit à l'exportation*, in *Les opérations internationales de banque. Colloque de Deauville 16-17 juin 1984*, Revue de jurisprudence commerciale, 1985, Numéro spécial Fév. N°2 pp. 8-17.

AUBY Jean-Bernard, *Bilans et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public*, RFD adm. 1997, N°3, pp. 3-14.

AUDIT Bernard, *Jurisprudence arbitrale et droit du développement*, in Contrats internationaux et pays en développement, Economica 1989, pp. 115-136.

AUEREBACK Raymond, *Legal aspects of financing and risk allocation BOT projects*, Centre for Law Reform studies, London, 1996, 19p.

BAILLOD Raymonde, *Les lettres d'intention*, RTD com. 1992, pp. 547-578.

BAUD M. F. *Cofinancement : Regain de vigueur*, MOCI, 1985 n° 691, p. 23.

BEGUIN Jacques, *Une tentative d'équilibre contractuel : la Convention d'Ottawa sur le crédit-bail mobilier international*, in Etudes J. GHESTIN, éd. LGDJ, 2000.

BEGUIN J. *Peut-on remédier à la complexité croissante du droit ?* in Etudes H. BLAISE, Economica, 1995.

BEGUIN J. *Un îlot de résistance à l'internationalisation : le droit international des procédures collectives*, in L'internationalisation du droit, Etudes Y. LOUSSOUARN, dirigée par J. BEGUIN et BOUREL P., Dalloz, 1993.

BEGUIN J. *L'adaptation des techniques contractuelles aux transferts de technologies*, in Enjeux technologiques et relations internationales, Economica, 1986.

BELLIS Marc, *La subordination et les marchés financiers internationaux, un mode de financement*, Journées d'études de Rouen du 19 novembre 1981, FEDUCI, 1093, pp. 415-428.

BENTATA Victor, *Les pratiques andines relatives aux contrats d'Etat*, in Contrats internationaux et pays en développement, sous la direction de Hervé CASSAN, Economica, 1989, pp. 195-266.

BERELJN Dominique, *Les contrats d'Etats « state contract » et la protection des investissements internationaux*, DPCI, 1987, n°2, pp. 197-171.

BERLIN Dominique, *Les procédures de règlement des différends dans les contrats Nord-Sud*, in Contrats internationaux et pays en développement, Economica, pp. 65-113.

BERTIN Philippe, *L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale*, Rev. Arb. 1989, n°4, pp. 331-347.

BERTEL Jean-Pierre, *Les lettres d'intention*, Banque, 1986, n° 465, pp. 895-900.

BIED-CHARRENTON Antoine et MUSSON Denis, *La dissociation juridique du propriétaire et de l'exploitant dans la conduite de grands projets industriels : nouvelles approches*, RDAI, 1992, n°3-34.

BLANC Gérard, *La conciliation comme mode de règlement des différends dans les contrats internationaux*, RTD com. 1987, pp. 173-189.

BLANCHARD Patrick, *Concessions et BOT électrique et gaziers en Côte d'Ivoire : Tentative des années 90*, RDAI 2000, n°4, pp. 563-596.

BLANCHARD Patrick, *Montage contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement*, RDAI n° 415, pp.417-476.

BLOCH Pascale, *La sous-participation bancaire*, in Les eurocrédits : un instrument de du système bancaire pour le financement international, Colloques Dijon, Librairies techniques, Paris 1980 pp.243-263.

BOLMIN Philippe, *Pour un nouveau partenariat public-privé dans la réalisation de grands projets d'infrastructure, la notion de co-développement*, RDAI 1999, n°2, pp. & »&-& »è.

BONTOUX Charles, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Banque 1992. n°414, pp. 171-174.

BOON Albert. *Les associations momentanées d'entreprises pour la réalisation d'un ouvrage*, DPCI 1975, n°2

BRYUNELL André et VELU Sylviane. , *Journée d'études de Rouen 19 novembre 1981*, FEDUCI, 1983, pp. 121-160.

CABRILLAC Michel, *La renaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger*, Rev. Crit. DIP. 1979, pp487-505.

CAREAU Dominique. *Le rééchelonnement des dettes des Etats*, JDI 1985, p. 5-48.

CAUSSAIN Jean-Jacques et WEHRLI Yves, *La nouvelle donne des privatisations* RD bancaire et bourse, 1993. n38. pp. 142-146.

CAZALET Bruno de et REECE Rupert. *Conditions applicables aux contrats de conception-construction et clés en main*, RDAI 1996 n° pp. 405-416.

CAZALET Bruno de, *Le modèle de concession à la chinoise*, Les échos n°17330 dn – fév. 1997. pp. 49.

CHAPELLE André, *L'arbitrage et les tiers : le droit des personnes morales (groupes de société, interventions d'Etat)*, Rev. Arb. 1988. pp. 475-493.

CHARTIER Frédéric. *Evolution de la jurisprudence en matière de garantie à première demande*, Banque, 1987, n°468, pp. 14-16.

CISTAC Gilles. *Le renouvellement du rôle de l'Etat contractant dans le commerce international : éléments pour une théorie générale*, DPCI 1996, n°2, pp. 167-198.

CORDIER Michel, *Exploitation en régie ou déléguée de distribution d'eau et de l'assainissement*. in *L'expérience française du financement privé des équipements publics*, sous la direction de Claude MARTINAUD. Economica, 1993. pp. 101-109.

COUCHEZ Gérard, *Référé et arbitrage*, (Essai de bilan provisoire), Rev. Arb. 1986 n° pp. 155-172.

DABIN L. *Les structures de coopération et les contraintes nées du droit des sociétés*, DPCI, 1984. n° 1, pp. 477-520.

DAHAN Frédéric, *La floating charge : reconnaissance en France d'un sûreté anglais*, JDI, 1996, n°1, pp. 381-404.

DAIGRE Jean-Jacques, *Pactes d'actionnaires et capital-risque, typologie et appréciation*, Bull. Joly, 1993, p157-179.

DAVEZIES Laurent, *L'économie du partenariat public-privé en matière d'infrastructures, ce que suggèrent les études de cas*, Economica 1993. pp45-55.

DAVID Nicolas, *Les clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien*, JDI, 1986, pp. 79-107.

De Ly Filip, *Les clauses de cession dans les contrats commerciaux internationaux*, RDAI 1996, n°7, pp. 799-831.

DEBY-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans les règlements de rapports internationaux*, Dalloz, 1973

DELEBECQUE Philippe, *La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Cass. Civ. 1ère, 6 novembre)*, Rev. Arb. 1991, n°12, pp. 19-32.

DELVOLVE J-L, *L'arbitrage et les tiers : les solutions contractuelles la clause d'arbitrage multipartite*, Rev. Arb. 1988, pp. 501-514.

DERAINS Yves, *Expertise technique et référé arbitral*, Rev. Arb. 1982, n°3, pp. 239-251.

DESSAULTT François, *L'obligation d'achat dans certains contrats internationaux de fournitures*, RDAI, 1998, n°1, pp. 3-15

DIERCKX Filip, *L'utilisation de l'«escrow account» dans les opérations de contrat -achat*, RDAI, 1985, n°1, pp. 821-837.

DIJON Jean-Pierre, *Partage des responsabilités et des risques entre partenaires*, Economica 1993, pp. 77-89.

DILLIES Bernard, *Le tunnel Prado-carénage, du neuf avec du vieux*, MTF, 1992, n°42, pp. 18-20.

DINA AI Nguyen, *Mode de financement de projets, contrat de construction-opération-transfert de technologie (BOT)* RIDC, 1997, n°4, pp. 8883-891.

DOANH Le Dang, *Les rapports entre la société ad hoc BOT et la puissance publique*, RIDC, A997, n°4, pp. 893-897.

DOMPGNACC-LATOUREX Xavier, *Les garanties financières et bancaires dans les contrats Nord-Sud*, in Les lettres de patronage, FEDUCI, 1984, pp. 1-15.

DRAETTA et RALPH B., *Les clauses pénales dans la pratique du commerce international*, RDAI, 1993, n°3, pp. 261-271.

DU MARAIS Bernard, *Les délégations de service publics du développement*, RFD. adm. 1997, n°3, pp. 101-113.

DUBISSON Michel, *Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution*, DPCI, 1977, n°4, pp. 423-456.

DUBISSON Michel, *Les caractères généraux des groupements d'entreprises*, in La co-traitance internationale, Journées d'études de Paris 31mars 1979, FEDUCI, Moutier, 1980

DUBISSON Michel, *Les garanties bancaires, les risques couverts, leur durée et leur mise en œuvre*, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours de 19 et 20 juin 1980, FEDUCI, 1980, pp. 115-120.

DUFLOUX Claude et MARGULICI Laurent, *La syndication : l'analyse préalable des banques participantes*, Banque, 1981, n°409, pp. 945-949.

DUFLOUX Claude et alii, *La syndication : les risques de conflits entre banques*, Banque, 1981, n°411, pp. 1214-1219.

DURANCE Jean-Yves, *Le financement de projet. Un marché mûr*, MTF, 1989, n°11, pp. 6-8.

DRAND-BARTHEZ, *La durée des accords de groupement*, in La cotraitance internationale, Journée d'études de Paris 30-31 mars 1979, FEDUCI.

DURRY Georges, *Hypothèque et assurance*, in l'évolution du droit des sûretés, Colloque de Deauville, RJ com. N° spécial, 1982, pp. 27-36.

ECK Jean-Pierre et JACQUEMENT André, Le financement des eurocrédits. L'intermédiation bancaire pour le financement international. Colloque de Paris, 1981, Litec, Paris, 1981, pp. 305-340.

ECK J-P. *Le financement de projet*, Colloque de Deauville, RJ. Com ; 1985, N) spécialin N)2, pp. 57-64.

EGERTON-VERNON P. *La responsabilité du banquier dans le contexte de la gestion des crédits*, Banque, n° spécial, 1979, p. 35.

EL ALEM Mustapha, *L'arbitrage dans les litiges relatifs aux contrats administratifs libyens*, Rev. Arb. , 1983, n°3, pp. 295-314.

EL KOSHERI Ahmed et LEBOULANGER Ph. *L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence*, Rev. Arb. 1984, pp. 3-18.

ELLAN-GOLSMITH Michel, *Les sûretés réelles mobilières du droit anglais*, RDAI, 1995, n°2, pp. 145-170.

ELLAN-GOLSMITH Michel, *The trust and its use in commercial and financial transactions*, RDAI 1985, n°6, pp. 683-718.

ELLAN-GOLSMITH Michel, *Un mode de financement en devises: les crédits roll-over en Eurodollars*, DPCI 1977, n°3, pp. 341-368.

ELLAN-GOLSMITH Michel, *Comfort letter in English law and practice*, RDAI 1994, n°5, pp. 527-541.

ELLAN-GOLSMITH Michel, *Garantie bancaire: l'évolution de la jurisprudence en Angleterre*, RDAI 1990, n°3, pp. 421-435.

ELLAN-GOLSMITH Michel, *Le fonctionnement du syndicat*, Colloque de Dijon, Litec, Paris 1980, pp. 115-152.

ELLAN-GOLSMITH Michel, *Les concessions dans les financements de projets au Royaume-Uni*, MTF 1993, n°53, pp. 34-36.

EL SHARKOUI S. *L'arbitrage dans les contrats internationaux de construction. La concession des contrats internationaux de construction : les problèmes juridiques des contrats de travaux publics et de BOT*, Faculté de droit du Caire, 1995, 14p.

ELST Raymond Vander, *Les sûretés réelles traditionnelles en droit international privé*, Colloques de Bruxelles 20 et 21 Octobre 1983, FEDUCI, 1984, pp. 409-428.

FAUGEROLAS Laurent, *La subordination des créances*, in Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offert à Jean DERRUPPE, GLN Joly éditions, 1991, pp227-244.

FEITZ Anne, *Centrale thermique de Hub River : une première mondiale*, Option Finance, 1995, n°358, pp. 25-26.

FESTERAERTS Jean-Louis, *L'agence multilatérale de garantie des investissements*, RDAI 1988, n°6, pp. 715-727.

FEVE Michel, *Les financements des trains à grande vitesse (TGV)*, Economica, 1993, pp. 129-136.

FILLET Mare, *BOT contract- the critical ingredient of French model*, PFI Issue 74, 8 juin 1995, pp. 333-339.

FISZELON Roger, *Le Co développement: réflexions économiques et financiers*, RDAI 1999, n°2, pp. 159-179.

FLAMME Maurice André, *Le contrôle juridictionnel de la régularité de la passation des marchés publics*, in Les marchés publics européens, Sirey, RFDA 1989, pp. 63-69.

FLECHEUX Georges, *Le cahier de charges « FIDIC » et l'arbitrage*, Rev. Arb. 1984, n°4, pp. 451-464.

FLEURIET Michel, *Le financement des grands projets : droit et pratiques*, Banque, 1977, n°367, pp. 1197-1200.

FLEURIET Michel, *Les filiales communes : le choix d'une forme juridique*, JCP, 1978, II, 12745, pp. 309-313.

FONTAINE Marcel, *Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux*, DPCI, 1979, n°4, pp. 469-506.

FONTAINE Marcel, *Les clauses pénales dans les contrats internationaux*, DPCI, 1982, n°3, pp. 401-442.

FOUCHARD Ph., *La responsabilité des constructeurs en droit international privé*, Rapport aux journées égyptiennes de l'Association Capitant, 1991, pp. 293-319.

FOUCHARD Ph., *Une nouvelle extension de l'arbitrage en droit public, la faculté de compromettre de la Poste et de France Telecom*, Rev. Arb. 1990, pp.945-947.

FOUSSARD Dominique, *L'arbitrage en droit administratif*, Rev. Arb., 1990, n°3 pp. 3-54.

FOYER Jacques, *Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JDI, 1991, n°3, pp. 601-631.

FRANCHET Yves, *Méthodes d'évaluation de la Banque Mondiale pour le financement des projets de développement*, Banque, 1981, n°593-597.

FRILET Marc, *Le projet Ilménite à Fort-Dauphin, Madagascar : recherche de sécurité juridique à long terme pour les grands projets d'infrastructures en financement privé en Afrique*, RDAI, 1999, n°6, pp. 609-628.

GAILLARD Emmanuel, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes)*, Rev. Arb. 1985, n°1, pp. 241-374.

GAILLARD Emmanuel, *La distinction des principes généraux du droit, des usages du commerce international*, in Etudes offertes à Pierre BELLET, Litac, 1991, pp. 203-217.

GAILLARD Emmanuel, *Trente ans de lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, JDI, 1995, n°1, pp. 5-30.

GAILLARD Emmanuel, *L'affaire SOFIDIF ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986)*, Rev. arb. 1987, n°3, pp. 275-291.

GALARD Thierry de, *Les pénalités de retard dans les contrats internationaux*, RDAI, 1996, n°5, pp. 653-672.

GAUDEMET Yves, *L'arbitrage : aspects de droit public, état de la question*, Rev. Arb., 1992, pp. 241-257.

GAUDEMET-TALLON Hélène, *Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaire de la Convention CEE n°80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)*, RTD com. 1981, n°1, pp. 215-285.

GHAZALI Mohd Tajuddin Mohd, *Malaysia's experience in the Build Operate transfer (BOT) Method of project development*, in The BOT concept and experience in developing countries, UNIDO, Papers, Vienne sans année, pp.7-11.

GIANVITTI François, *Le contrôle des changes étrangers devant le juge national*, Rev. Crit. DIP, 1980, pp. 479-502.

GIADINA Andrea, *Les principes UNIDROIT sur les contrats internationaux*, JDI, 1995, n°3, pp. 556-574.

GOLDMAN Berthold, *La lex mercatoria dans les contrats et arbitrage internationaux, réalités et perspectives*, JDI, 1979, pp. 475-505.

GOLDMAN Claude, *Mesures provisoires et arbitrage international*, RDAI, n°1 1993, pp. 3-25.

GOLDSMITH Jean-Claude, *Les modes de règlement amiable des différends*, RDAI, 1996, n°2, pp.221-253.

GOUTAL Jean-Louis, *Le droit des contrats : rapport général*, in L'arbitrage et les tiers, Journée du Comité français de l'arbitrage, 5 mai 1998, Rev. arb. 1998, pp. 439-455.

GRANCOURT J-L. *Les compétences respectives du juge des référés et l'arbitrage international*, in L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN, Dalloz, 1994, pp. 203-317.

GREMADES Juan Antonio, *Les garanties bancaires à première demande en droit espagnol*, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux Colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980, éd. Moniteur, 1980, pp. 251-257.

GRENON Aline, « *Project financing* ». *Concepts fondamentaux et aspects juridiques*, DPCI, 1980, n°2, pp. 189-213.

GUILLEMIN Jean-François, *Les nouvelles attentes des entreprises en matière de règlement des conflits*, Rev. arb., 1996, n°4, pp. 583-596.

HABERER Jean-Yves, *Le financement privé d'ouvrage publics dans l'Europe de 1993*, in Financement privé d'ouvrage public à l'horizon 1993, Colloque de Paris des 26 et 27 mars 1990, FEDUCI, FEC, 1991, pp. 1-5.

HAQUANI Zalmai, *Les contrats d'Etat et la coopération Nord-Sud : cas des entreprises multinationales entre pays en développement*, in Contrats internationaux et pays en développement, Economica, 1989, pp. 267-281.

HAUTOT Isabelle et FLECHEUX Georges, *La clause de règlement des différends dans le Conditions FIDIC. Génie civil de 1987*, Rev. arb. 1989, n°4, pp. 609-629.

HECKE G. Van, *Crédits bancaires internationaux et conflits de lois*, DPCI, 1977, n°4 pp. 497-505.

HESSIG Jean-Jacques, *Les financements en BOT : le mythe et la réalité*, MTF, 1989, n°11, pp. 25-26.

HIEP Hoang Phuoc, *Quelques problèmes juridiques vietnamiens concernant les projets d'investissements sous forme de BOT au Viet Nam*, RIDC, 1997, n°4, pp. 873-881.

HOUTN Roger, *Les consortium d'actionnaires et la protection des minorités dans les sociétés anonymes*, Rapport aux journées de Berne de l'Association H. Capitant, LITEC, Paris 1959, pp. 208.

HUMPHREYS Gordon, *La lex mercatoria en matière d'arbitrage international : quelques différences dans les optiques anglo-françaises*, RDAI, 1992, n° pp. 849-856.

HYGHU DE MAHENGES Yves, *Le financement privé des services publics : aspects juridiques*, Banque et Droit, 1990, n°9, pp. 62-66.

JACQUET Jean-Michel, *L'Etat, opérateur du commerce international*, JDI, 1989, n°3, pp. 621-689.

JAOUEN Annick, *Le Tunnel sous la Manche : financement et partage des rôles entre prêteurs et investisseurs*, Economica, 1993, pp. 177-179.

JAUFFRET-SPINOZI Camille, *La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er Juillet 1985)*, JDI, 12987, pp. 23-65.

JESTIN Geneviève, *Le financement des grands équipements collectifs*, Revue française de finances publiques, 1988, pp. 211-222.

JINGZOU Tao, *Les spécificités des investissements étrangers en Rép. Populaire de Chine*, in Contrats internationaux et pays en développement, Economica, 1989, pp. 211-222.

JOUS Philippe, *Les structures de coopération : chef de file et comité de coordination*, in *La coopération internationale*, FEDUCI, Moniteur, 1980, 229-240.

JULLIARD Patrick, *Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France*, JDI, 1979, pp. 274-325.

KHAN Philippe, *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, JDI, 1989, n°2, pp. 305-327.

KHAN Philippe, *Contrats d'Etats et nationalisation, les rapports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982*, JDI, 1982, pp. 844-868.

KHAN Philippe, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, JDI A975, n° pp. 467-485.

KEGOMMEAUX Xavier de et SAINT-MARC Gilles, *Le cadre juridique des titrisations internationales*, DPCI, 1996, n°, 337-345.

KLEIN Michèle, *Le système français de garantie des investissements à l'étranger*, DPCI, 1987, n°1, pp. 63-80.

KOPELMANAS Lazare, *La procédure arbitrale dans les contrats internationaux de travaux publics*, in *arbitrage commercial : essais in memoriam Eugenio Minoli*, Copyright AIA, 1974, pp. 273-279.

KOPELMANAS Lazare, *Le rôle de l'expertise dans l'arbitrage commercial international*, Rev. Arb., 1979, n°2, pp. 205-216.

LAGARDE Paul, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, Rev. Crit. DIP, 1991, pp. 287-340.

LALABERT Nathalie, *Le droit européen des affaires*, RDAI, 1998, n°4/5, pp. 521-537.

LALIVE Jean-Flavien, *L'affaire de l'anglo-iranian Oil Co.*, JDI, 1953, pp. 706.

LALIVE Jean-Flavien, *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées*, Rec. Cours de la Haye, 1983, III, pp. 11-283.

LAMETHE Didier, *Electricité de France et aménagement du règlement des différends internationaux*, Rev. Arb. 1995, n°4, pp. 581-596.

LAMETHE Didier, *Les nouveaux contrats d'industrialisation (esquisse d'un manifeste dans les rapports Nord-Sud)*, JDI, n°1, pp. 81-88.

LAMETHE Didier, *Les relations entre gouvernement et les entreprises en matière de grands projets d'investissement*, JDI, 1998, n°1, pp. 45-66.

LATOUR-DOMPGNAC Xavier, *Les garanties financières et bancaires dans les contrats Nord-Sud*, in *Contrats internationaux et pays en développement*, sous la direction de Hervé CASSAN, Economica, 1989, pp. 49-64.

LE BRUN Jean, *La lettre de patronage délivrée par les pouvoirs et organismes publics*, in *Les lettres de patronage*, FEDUCI, 1984, pp. 289-302.

LE GALL Jean-Pierre, *La fiscalité du financement privé des équipements collectifs pour le compte de personnes publiques*, Banque et Droit, 1989, n°7, pp. 209-212.

LE ROY Hervé, *Les clauses de « préférence » et de « subordination » en droit français des emprunts (Loi n°85-1321 du 14 décembre 1985)*, RDAI, n°7, pp. 725-729.

LE TOURNEAU Philippe, *Le contrat de maintenance*, Gaz. Pal., 1988, (2^{ème} sem.), pp447.

LEBEN C. *Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : réflexion sur la décennie écoulée (1979-1986)*, JDI 1986, pp. 895-957.

LEBOULANGER Philippe, *Etat, politique et arbitrage : l'affaire du Plateau des pyramides*, Rev. Arb., 1986, n°1, pp. 3-28.

LECRIVAIN Alain, *Le financement privé des grands réseaux européens de transport : problèmes de mise à disposition des terrains*, Colloques de Paris des 26-27 mars 1990, FEDUCI, FEC, 1991, pp. 209-227.

LEDUCQ Xavier, *La coopération Nord-Sud dans le secteur minier*, in Contrats internationaux et pays en développement, Economica, 1989, pp. 175-186.

LEGER Philippe et ROCHEFORT, Philippe, *La réalisation du pont de Normandie*, Economica, 1993, pp. 93-100.

LESGUILLONS Henry, *Histoire, signification et pratique des garanties*, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Colloques de Tours des 19 et 20 juin 1980, FEDUCI, Moniteur, 1984, pp. 1-10.

LESGUILLONS Henry, *Loi applicables aux obligations contractuelles : entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 avril 1980*, RDAI, 1991, pp. 267-283.

LESGUILLONS Henry, *Procédures de sélection d'une « société de projet »*, RDAI, 1998, n°6, pp. 603-622.

LAURENT Bruno, *Garanties bancaires et arbitrage*, RDAI, 1990, n°3, pp. 401-420.

LOMBARD François et d'AUVIGNY LOMBARD Chantal, *Risques et garanties des financements internationaux de projets dans les pays en voie de développement*, Banque, n°401, 1980, pp. 1361-1365.

LOMBARD François, *Le financement des investissements privés dans les pays en voie de développement : l'expérience de la Société financière internationale*, Banque, 1979, n°380, pp. 40-47.

LONCLE Jean-Marc, *La réalisation des projets d'infrastructures : l'approche BOT*, Dalloz Affaires, 1997, n°7, pp. 205-207.

LONCLE Jean-Marc, *Grands projets d'infrastructures : le montage Build Operate and Transfer (BOT)*, RDAI, 1997, n°8, pp. 945-965.

LONCLE Jean-Marc, *La Private Finance Initiative anglaise*, RDAI, 1999, n°8, pp. 865-873.

LONGUEVILLE Guy, *Les nouvelles dimensions du risques-pays*, Banque, 1997, n°585, pp. 44-47.

MADIGNIER Anne-Marie, *Nature juridique des prêts participatifs*, in *Prêts participatifs et prêts subordonnés : un nouveau mode de financement*, Journée d'étude de Rouen du 19 novembre 1981, FEDUCI, 1983, pp. 77-88.

MAHMOUD SALAH Mohamed, *Quelles réformes juridiques pour les pays africains ?* Colloque de Bruxelles, Novembre 2009.

MARTIN Didier et FAUGEROLAS Laurent, *Les pactes d'actionnaires*, JCP, éd G.L. 1989, I, 1989, 3412.

MARTINAUD Claude, *L'influence internationale du concept de gestion déléguée de service public*, RFD adm. 1997, n°3, pp. 129-134.

MATHEI Philippe, *Le groupement momentané européen d'entreprises*, in *La Co traitance internationale*, Journée d'études de Paris 30-31 mars 1979, FEDUCI, Moniteur, 1980, pp. 205-226.

MATOUT Jean-Pierre, *La délivrance des cautions de soumission dans les marchés internationaux à moyen et long terme*, Banque et Droit, 1997, n°361, pp. 419-422.

MAYER Pierre, *L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français*, in *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, FEDUCI, 1984, pp. 81-104.

MAYER Pierre, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat*, JDI, 1986, n°1, pp. 5-78.

MAYER Pierre, *La règle morale dans l'arbitrage international*, in *Etudes offertes à Pierre BELLET*, Litac, 1991, pp. 379-402.

MAYER Pierre, *Les lois de police étrangères*, JDI, n°1, 1981, pp. 277-345.

MEBROUKINE Ali, *Les modes de conclusion des contrats dans les rapports commerciaux Nord-Sud*, in *Contrats internationaux et pays en développement*, Economica, 1989, pp. 7-35.

MEINERTZHAGEN-LIMPENS Anne, *Les engagements de ne pas faire en matière de crédit*, RDAI, 1986, n°7, pp. 675-692.

MERCADAL B., *Pour la validité des conventions de vote entre actionnaires*, RDAI, 1992, P. 727.

MESZTRE Jacques, *Le gage des choses futures*, D. 1982, pp. 141-146.

MEZGHANI Ali, *Le contrat cost + fee*, JDI 1984, n°2, pp. 241-279.

MONSAINGEON Xavier, *Le risque politique dans le financement de projet*, MTF, 1989, n°11, pp. 31-32.

MORIN Gérard, *Le devoir de coopération dans les contrats internationaux*, DPCL, 1980, n°2, pp. 2-28.

MOULY Christian, *L'abus de caution*, in *L'évolution du droit des suretés*, Colloque de Deauville 13 et 14, RJ com. Numéro spécial, 1982, pp. 13-26.

MOULY Christian, *Les suretés personnelles traditionnelles en droit français*, in *Les suretés : suretés traditionnelles, réelles et personnelles, en droit français et en droit belge, suretés issues de la pratique : droit international privé*, Colloque de Bruxelles des 20 et 23 octobre 1983, Colloque de Bruxelles des 20 et 22 octobre 1983, FEDUCI, 1984, pp. 129-172.

OMMESLAGHE Pierre Van, *Suretés issues de la pratique et autonomie de la volonté*, in *Les suretés : suretés traditionnelles, réelles et personnelles, en droit français et en droit belge, suretés issues de la pratique : droit international privé*, Colloque de Bruxelles des 20 et 23 octobre 1983, Colloque de Bruxelles des 20 et 22 octobre 1983, FEDUCI, 1984, pp. 345-394.

OPPETIT Bruno, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstance : la clause de « hardship »*, JDI, 1987, n°1, pp. 5-21.

OPPETIT Bruno, *Le trust dans le droit du commerce international*, Rev. Crit. DIP, 1973, pp. 1-20.

OUAKRAT Philippe, *La pratique du CIRDI*, DPCL, n°2, pp. 273-310.

RANHARD Robert, *Le traitement des trusts en droit français*, D. 1987, pp. 27-31.

PAULSON Jan, *La lex mercator dans l'arbitrage CCI*, Rev. Arb. 1990, n°2, pp. 55-100.

PAZARCI Huseyin, *La responsabilité internationale des Etats à l'occasion des contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères*, Revue générale de Droit International public, T. LXXX, 1975, pp. 354-421.

PEARSON M. *Rôle des arbitres et ingénieur-conseil en matière de contrats de génie civil et de bâtiment*, Rev. Arb. 1972, n°4, pp. 337-378.

PELICHET Michel, *Garantie bancaires et conflit de lois*, RDAI, n°3, 1990, pp. 335-355.

PINSOLLE Philippe, *Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit*, JDI, 1998, n°4, pp. 905-931.

- PLANTEY Alain, *Quelques observations sur l'arbitrage administré*, JDI, n°3, 1999, pp. 731-743.
- POCAR Fausto, *La protection de la partie faible en droit international privé*, Recueil des Cours de La Haye, 1984, pp. 349-394.
- POMMIER Jean-Christophe, *La résolution des conflits de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre*, JDI, 1992, pp. 5-43.
- POULLET Yves, *La lettre de patronage et la permanence de l'investissement*, in Les lettres de patronage, FEDUCI, 1984, pp. 99-140.
- POULLET Yves, *Les garanties contractuelles dans le commerce international*, DPCI, 1979, n° », pp. 387-442.
- POULLET Yves, *Questions liées à l'exécution de la lettre de patronage*, in Les lettres de patronage, FEDUCI, 1984, pp. 173-186.
- QUIGNARD Bernard, *Les contrats de maintenance : aspect juridique et pratique*, Gaz. Pal., 1991, (1ère Seiu. Doctrine), pp. 31-35.
- RAMOS MENDEZ Francisco, *Arbitrage international et mesures conservatoires*, Rev. Arb. 1985, n°1, pp. 51-67.
- RANOUIL Véronique, *Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement*, Economica, pp. 37-48.
- REINER Andreas, *Le règlement d'arbitrage de la CCI, version 1998*, Rev. Arb. 1998, pp. 25-81.
- REMERY J. P., *Remarques sur les conflits de lois applicables au contrat international de construction d'immeuble*, D, 1985, p.255.
- RIAD Fonad, *Les contrats de développement et arbitrage international*, Rev. Egyptienne de droit international, 1986, n°42, pp. 253-281.
- RIAD Fonad, *L'entreprise publique et semi publique en droit international privé*, RCADI, 1963, I, pp. 561-658.
- RIBS Jacques, *Ombres et incertitudes de l'arbitrage pour les personnes morales de droit public français*, JCP, éd. G. 3465, 1990.
- RIGGS John, *Innovations des financements de projets : les acteurs sur le marché international et en France et les modifications de l'environnement juridique*, Banque et Droit, 1991, n°, pp. 177-183.
- RIGGS John, *La formation du syndicat bancaire*, in Les eurocrédits : expériences continentales, Colloque de Tours des 10, 11 et 12 juin 1981, éd. Moniteur, 1982, pp. 195-202.
- SALEM M. *Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers*, JDI, 1986, pp. 576-626.
- SALOMON Jean, *Les principes généraux du droit : Une insaisissable source du droit applicable aux contrats d'Etat*, in Mélanges offerts à Raymond VANDER ELST, éd. Némésis, 1986, T. II. Pp. 717-754.
- SARMET Marcel, *Des financements de projets sont-ils possibles dans les pays à risques ?* Banque, 1992, n°528, pp. 564-569.
- SARMET Marcel, *Le financement de projet appliqué aux équipements collectifs*, Economica, 1983, pp. 63-75.
- SARMET Marcel, *Le financement privé du tunnel sous la Manche : cas unique ou exemple ?* Banque, 1987, n°474, pp. 660-664.

SARMET Marcel, *Les financements internationaux en partenariat public-privé*, Banque, 1991, n°517, pp. 599-604.

SARMET Marcel, *Les financements internationaux de projet en Europe*, Banque, 1980, n°392, pp. 183-194.

SARMET Marcel, *Les techniques nouvelles de financement privé d'ouvrages publics permettant la coopération entre secteur public et secteur privé*, FEDUCI, FEC, 1991, pp. 79-102.

SARMET Marcel, *Tendances récentes des financements internationaux de projets*, Banque, 1981, n°409, pp. 957-965.

SCHIMIDT Dominique et WITZ Claude, *Les opérations fiduciaires en droit français*, FEDUCI, FEC, 1985, pp. 305-334.

SCHIMIDT Joana, *La négociation du contrat international*, DPCI, n°2, 1983, pp. 239-260.

SCHOLLEN Alice, *Libéralisation des infrastructures de télécommunications*, RDAI, 1995, n°5, pp. 615-623.

SENARD Olivier et TERRAY Jacques, *Le financement de projet : une expérience française*, Banque, 1981, n°412, pp. 1413-1421.

SEPPALA Christopher, *FIDIC new standard forms of contract force majeure, claims, disputes and other clauses*, ICLR, part 2, 2000, pp. 235-252.

SEPPALA Christopher, *Contentieux des contrats internationaux de construction: commentaire de sentences CCI relatives aux conditions FIDIC pour les contrats internationaux*, RDAI, 1999, n°6, pp. 709-722.

SEPPALA Christopher, *Les décisions pré arbitrales afférentes aux litiges en matière de construction. les décisions prises par l'ingénieur*, RDAI, 1991, n°3, pp. 331-347.

SILARD S. *Clauses de maintien de la valeur dans les transactions internationales*, JDI, 1972, pp. 213-248.

SOKOLOV Nicholas, *La force majeure dans les contrats entre sociétés occidentales et centrales commerciales soviétiques*, DPCI, n°1, 1978, pp. 323-330.

STERN Brigitte, *Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières devant l'arbitrage international*, Rev. Arb. N°1, 1980, pp. 3-43.

STOUFFLET Jean, *Les capitaux propres*, Rev. Soc. 1986, p. 549.

TABOUIS Marc, *Pour le financement des infrastructures*, Banque, 1995, n°562, pp. 52-54.

TEBOUL Gérard, *Arbitrage international et personnes morales de droit public, brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratifs*, DPCI, 1996, n°2, pp. 199-207.

TERKI NOUR Eddine, *L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie*, Rev. Arb. 1990, n°, pp. 585-605.

TERKI Nour-Eddine, *La clause d'entrée en vigueur dans le contrat de longue durée en droit algérien*, DPCI, 1983, n°2, pp. 221-237.

TERRAY Jacques, *Financement privé des services publics : le choix des sûretés*, MTF, 1989, n°11, pp. 26-30.

TERRAY Jacques, *La lettre de confort*, Banque, 1980, n°393, pp. 329-338.

TERRAY Jacques, *Les interférences de l'environnement réglementaire sur l'équilibre contractuel*, in Les eurocrédits (Tours), 1982, pp. 97-119.

TERRAY Jacques, *Les suretés nouvelles*, DPCI, 1983, n°2, pp. 201-220.

TOURAINÉ Hervé, *Titrisation internationale, transfert des créances et des suretés : panorama des législations européennes*, DPCI, 1996, n°3, pp. 246-341.

TOUSCOZ Jean, *Coopération internationale et cofinancements internationaux : considérations théoriques et méthodologiques*, RDAI, 1996, n°7, pp. 649-674.

TOUSCOZ Jean, *L'agence multilatérale de garantie des investissements*, DPCI, 1987, n°3, pp. 311-333.

TRUCHET Didier, *Le contrôle et la surveillance des délégations de service public*, RFD adm. 1997, n°3, pp. 57-63.

TSCHANG Pierre Yves, *Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitrage international*, Rev. Crit. DIP, 1985, pp. 47-70.

ULANOWSKA Patrick, *Le rôle de l'assurance dans le financement de projet*, MTF, 1989, n°11, pp. 16-127.

ULLMAN Pierre, *Aspects fiscaux du projet Eurotunnel*, MTF, 1989, n°11, pp. 146-15.

VADCAR Corine, *Les systèmes de financement et de garantie du commerce international : nouveaux enjeux*, DPCI, 1996, n°1, pp. 129-149.

VAISSIERE Philippe, *La levée de fonds propres, clé du financement des grands projets*, MTF, 1989, n°11, pp. 23-24.

VANDOMME Laurent, *To time, to budget, to spécification, "l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financeurs de projets BOT*, RDAI, 1999, n°8, pp. 875-893.

VASSEUR Michel, *L'application de la loi Dailly : escompte cession de créance en propriété à titre de garantie ? ou bien l'un ou l'autre suivant les actes ?* D. 1982, pp. 275-278.

VASSEUR Michel, *Les garanties indirectes du banquier*, in *l'évolution du droit des suretés*, RJ com. N° spécial, 1982, pp. 104-120.

VEDEL Georges, *Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé*, Rev. Arb. 1961, n°1, pp. 116-130.

VERGIER Marc, *Le financement avec engagement d'utilisation*, DPCI, 1978, pp. 331-338.

VIANDIER A. *Observations sur les conventions de vote*, JCP, 1986, I, 3253.

VIGOUROUXW Christian, *La place de la délégation dans la conception du service public*, RFD adm. 1997, n°3, pp. 137-144.

VITA Michèle, *La jurisprudence en matière de lettres d'intention, études analytiques*, Gaz. Pal. 2^e Sem. 1987, pp. 667-669.

WALD Arnaldo, et Isabelle SOARES MICALL, *Conversion de la dette en investissement*, RDAI, 1996, n°1, pp. 51-69.

WANG Ynan et CHANG Feng Du, *La mobilisation des capitaux internationaux pour le financement des infrastructures asiatiques : l'exemple de la Chine*, Rev. Economique, 1997, n°2, pp. 321-344.

WEIL Prosper, *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économiques*, in *Mélanges offerts à Charles ROUSSEAU*, éd. Pédonc, 1974, pp. 301-328.

WENGLER Wilhem, *Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat*, Rev. crit. DIP, 1982, n°3, pp. 17-50.

WIZT Claude, *La fiducie en droit français*, RJ com. N° spécial Fév. 1982, pp. 67-75.

WIZT Claude, *Les sûretés mobilières en droit anglo-américain au regard du droit français des sûretés*, RD bancaire et bourse, 1992, n°32, pp. 143-174.

V- RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS

BENOITT Philippe, *Project finance at the World Bank: an overview of policies and instruments*, World Bank, Technical Paper n°312, 1995.

BESSANT-JONES E. *Private sector participation in power through BOOT schemas*, The World Bank Industry and Energy Department Energy Series Paper n°33, 1990.

CORDUKES Peter A. *Submission and evaluation of proposal for private power generation projects in developing countries*, The World Bank, Discussion Papers, 250, 1994.

KHYR Antoine, et Ali, *Le financement de projets en concession (BOT) model*, BNP, Direction du commerce Extérieur (Cellule Ingénierie Financière), 1988.

Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur première demande, Publication CCI N°458, 1992.

Règles uniformes pour les garanties contractuelles, Publication CCI, n°325.

Règlement et clause-type d'expertise technique, n°397, 1977.

Règlement d'arbitrage de la CCI, Rev. N°1 1998, p. 244.

Conditions of contract for works of civil engineering construction, 4^e edition, 1987.

Conventions of contract for EPC Turnkey Project edition 1999.

Loi-type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, Rapport de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt septième session. New York, 31 mai – 17 juin 1994, annexe I, Document officiel de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, supplément n°17 (A/49/17).

NU Crédit à l'exportation et financement du développement : systèmes nationaux de crédit à l'exportation, UN, 1969.

CNUDCI, Draft chapter of a legislative guide on privately financed infrastructure projects, Chapter V, Conclusion and essential terms of project agreement, report of the Secretary-general, new york Thirtieth session, 1- 12 juiu 1998, A/CN9/444/ Add.5. 1998.

VI- WEBOGRAPHIE

I- Consultations générales

- www.adb.org (Banque Asiatique pour le Développement)
- www.afdb.org (Banque Africaine de Développement)
- www.baden.org

- www.bidc-ebid.org (Banque d'Investissement de la CEDEAO)
- www.boad.org (Banque Ouest-africaine de Développement)
- www.bnetd.ci (Bureau National d'Etude Technique et Développement)
- www.caribank.org (Caribbean Development Bank)
- www.coface.fi
- www.droit-afrique.com
- www.idb.org (International Development Bank)
- www.isdb.org (Banque Islamique de Développement)
- www.institut-idef.org
- www.ibic.go.jp (Japan Bank for International Cooperation)
- www.kluwerlaw.com (Cabinet de conseil juridique)
- www.lexinter.net
- www.opic.gov (Overseas Private Investment Corporation)
- www.oecd.org (Organisation Européenne pour le Commerce et le Développement)
- www.ppiaf.org (Project Finance and Guarantee. World Bank)
- www.miga.org (Agence Multilatérale de Garantie des Investissements)
- www.uemoua.int (Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest)

II- Articles et documents spéciaux

- **BETTO Jean Georges, Arbitrage international et grands projets. Le point de vue des praticiens.** Internet, www.iblj.com/gratuit/72003831-840.pdf (consulté en Mai 2006)
- **BERGES Nelsie, Les contrats entre personnes publiques russe et les entreprises privées.** Internet, www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_00353337_2003 (Revue RIDC consultée en Juin 2007)
- **BOSTANDJIN Samir, La cour de cassation tunisienne à l'épreuve des lois politiques. Réflexions à propos de l'Arrêt N°7146 du 26 Avril 2005.** Internet, www.iblj.com/gratuit/42007513-525.pdf (consulté en Octobre 2009)
- **DABBAGH Al Harrih, Le droit au service du développement économique. Le cadre juridique des investissements étrangers en Irak,** Internet, www.institut-idef.org/le-droit-au-service-du.html (consulté en Avril 2010)
- Document, **L'arrangement sur les crédits à l'exportation/Bilan et objectifs pour l'avenir 1978/1998,** OCDE. Code 221998532P1, Internet, www.oecd.org/ech/act/xcred-fr.html (consulté en Décembre 2009)
- Document, **Description du projet d'Oléoduc Tchad-Cameroun,** Internet, www.worldbank.org/af/copro/project/ctdoparann7.pdf (consulté en Décembre 2009)
- **FRILET Marc, Terms et conditions du contrat : L'approche du droit civil et la perspective du droit européen des contrats,** Internet, www.iblj.com/gratuit/1200757-68.pdf (consulté en Juin 2009)
- **FRILET Marc, Un nouvel outil essentiel pour l'investissement et le développement économique : Le régime de Partenariat Public-Privé, Congrès : Le rôle du droit dans le développement économique.** www.institut-idef.org/Nouvel-article_3388.html (consulté en décembre 2009)

- **KODO Jimmy, *Le rôle de la jurisprudence OHADA dans le développement en Afrique***, Internet, www.institut-idof.org/le-rol-de-la-juris-de-l.html (consulté en Avril 2010)
- **IMHOOS Christophe, ROOZ Delphine, SERAGLINI Christophe, *Arbitrage international et autres modes de règlement des conflits*** (les Brèves), Internet, www.iblj.com/gratuit/120108-114.pdf (consulté le 15 Mai 2010)
- **LY Filip de, *Les clauses de résolution dans les contrats internationaux***, Internet, www.iblj.com/gratuit/71997801-836.pdf (RDAI N°7 1997, consulté en Février 2008)
- **PINSOLLE Philippe, *Les intérêts composés dans l'arbitrage international. Exemples de sentence récentes rendues en matières d'expropriation***, Internet, www.iblj.com/gratuit/52003583-589.pdf (RDAI N°5 2005 consulté en Juin 2007)

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient au numéro de page)

A

Autorisation de concession .14.
Accord de projet 16.18.20.153.155.215.253
Accords de développement 3.4.5.6.10.11
Aléa législatif. 117 . 120
Appel d'offres. 169. 180 .212
Arbitrage international . 333
Arbitrage multipartite . 36.
Arbitre . 329 . 340 . 434
Assignment . 135 . 136

B

BOT /CET .9

C

Cash flow .56.106
CCI . 299. 328
Cession de créance . 135
Chef de filat .34.60
Clause attributive de juridiction . 321
Clause compromissoire . 341 . 372
Club de Bruxelles . 110
Cofinancement . 82
Conditions FIDIC. 103. 166. 282
Conditions sur silver Book. 282
Confidentialité .32
Contractualisation 1.3
Contrat de maintenance . 245
Contrat administratif. 157. 187. 204

Contrat d'Etat 2.3.5.164.165

Contrat d'exploitation. 245

Contrat de développement 3.4.5.7.

Corruption . 445

Créances futures . 138

Crédit d'exportation. 87-88

D

Délégation . 141

Développement 1.3.4

DMD . 173

Droit applicable . 380 . 394

Droits acquis. 447 . 450

E

Enrichissement sans cause . 445. 452

Estoppel . 438 . 440

Etat 7.117.116.121.123

Expertise technique . 289. 300

F

Financement de projet 11.15.25.52

Floating charge .55.148.150

Fonds propres 43.48

Force moyenne. 94. 201. 257. 276

G

Garantie à première demande . 242

Garantie multilatérale . 114. 115

Garanties . 83

Groupement d'entreprise .27.33

H

Handship . 120 . 125 . 190

Hard over assets. 209

I

Infrastructure publique 1.24

Ingénieur. 282

Intuitu personea

J

juge compétent . 325

Juniors creditor .53

L

Le mercatoria . 430

Lettre de confort . 133

Lex contractus . 118

Licence 16.382

Litiges . 316 . 324

Loi applicable . 380 . 394

Loi applicable . 380 . 401

Loi de police 380 . 406

Lucrum dessans . 447

M

Maitre de l'ouvrage. 212. 327

Marchés publics 1.45.166.16

Mesures conservatoires . 325 . 328

N

Négative pledge. 74

Non-conformité. 101.102

Notification

O

OHADA . 37.310

Ordonnance de référé . 327

Obligation .54

OHADA . 343

Ordre juridique . 425

P

Pari passu .74

Partnership .29.67

Performance Bond . 95

Prêts . 81

Prêts syndiqués 25.

Principe d'autonomie. 341 . 365

Principes généraux du droit . 426 . 431

Project financing .11

Q

Quasi fonds propres .47.51

R

Recaptured assets. 210

Receiver .55

Recours . 316

Recours administratif . 22

Recours contentieux . 323

Règle d'application immédiate . 407 . 414

Règle de conflit . 380

Règle de conflit . 380

Régulation . 2. 171. 12

Risque de marché . 104

Risque juridique .116 . 117

Risque politique . 111. 112

Risques . 92

TABLE DES MATIERES

DEDICACES.....	I
REMERCIEMENTS.....	II
LISTE DE PRINCIPALES ABBREVIATIONS.....	III
SOMMAIRES.....	IV
INTRODUCTION.....	1
PARTIE I : LE MONTAGE DE PROJET CET.....	22
TITRE I : L'ORGANISATION FINANCIERE DU PROJET CET.....	25
CHAPITRE I : LA MOBILISATION DES FONDS	25
Section I : Les fonds provenant des promoteurs du projet.....	25
Paragraphe I : Mobilisation des fonds et nécessité de la création d'une entité juridique.....	25
Sous-paragraphe I – La constitution d'un groupement d'entrepris.....	25
A – La constitution du groupement d'entreprises.....	26
1) Les risques de la qualification du groupement	27
2) Les étapes de la constitution du groupement d'entreprises.....	29
B – Le fonctionnement du groupement d'entreprises.....	29
1) Les obligations des membres du groupement	29
a) La structure de gestion de groupement d'entreprises.....	31
b) Le chef de filât.....	32
2) La responsabilité des membres du groupement	33
a) La responsabilité du groupement à l'égard du gouvernement.....	34

b) La responsabilité du groupement vis-à-vis des tiers.....	34
c) La responsabilité entre les membres du groupement d'entreprises.....	35
3) La durée de l'accord du groupement.....	35
Sous-paragraphe II : La consolidation du groupement d'entreprise.....	35
A – Le recours aux formes sociétés classiques.....	36
1) La société en nom collectif.....	36
2) La société anonyme	37
2) La société à responsabilité limitée (SARL).....	37
B – Les adaptations contractuelles	38
5) Les pactes d'actionnaires relatifs au pouvoir.....	39
c) Les clauses relatives au droit de vote au sein de la société du projet.....	39
d) Les clauses aux autorisations préalables.....	39
6) Les pactes relatifs au capital de la société de projet.....	40
a) Les clauses de non cessibilité des parts sociales.....	41
b) Les clauses d'agrément et la préemption.....	41
7) Les autres arrangements.....	41
c) Accords visant les abus de droit des dirigeants de la société de projet.....	41
d) Autres objets des arrangements.....	41
Paragraphe II : Le rôle et la composition des fonds mobilisés.....	41
Sous-paragraphe I – Le rôle des fonds mobilisés dans le cadre des projets CET.....	42
A – Le rôle fonds propre.....	42
1) Les sources des fonds propres.....	42
2) La motivation de la constitution des FP.....	44
3) Les considérations de la constitution des fonds propres.....	45
a- Les considérations juridiques.....	45
b- Les considérations financières.....	45
B – La place des quasi-fonds propres (QFP) dans le projet CET.....	45
d) Les caractéristiques des quasi fonds propres.....	46
e) Les sources des quasi fonds propres.....	46

f) Les fonds du recours aux quasi fonds propres.....	47
Sous-paragraphe II –La composition des fonds mobilisés.....	47
A – La composition des fonds propres.....	47
1) Les apports des promoteurs du projet.....	47
2) Les réserves.....	48
3) Les subventions de l’Etat.....	58
B – La composition des quasi-fonds propres.....	50
2) Les titres subordonnés.....	50
2) Les obligations remboursables en action (ORA).....	52
3) Les obligations avec bons de souscription d’action (OBSA) ou obligations à Warrant.....	52
Section II : La participation des banques et organismes internationaux.....	53
Paragraphe I : Les prêts accordés par le syndicat bancaire.....	53
Sous-paragraphe I – La mise en place du syndicat bancaire.....	54
A – Les motivations des recours au syndicat bancaire.....	54
3) La stratégie des banques.....	54
4) Les raisons fondamentales de la mise en place	56
B – Les modalités de la mise en place du syndicat bancaire par un chef de file.....	57
1) Le choix de la banque chef de file.....	57
c) Les qualités requises du chef de file.....	57
d) Le critère du contenu de l’offre.....	58
2) Les attributions de la banque chef de file	59
a) Le rôle du chef de file en matière de constitution du syndicat.....	59
b) Le rôle du chef de file dans l’élaboration du contrat de prêt.....	60
c) Le cadre juridique d’exercice du rôle de la banque chef de file.....	62
d) La responsabilité de la banque chef de file.....	62
C- La nature juridique dn syndicat bancaire.....	63
3- La nature contractuelle des relations.....	63
a. Le formalisme et le contenu du contrat.....	64

b. La qualification contractuelle du syndicat.....	65
2- Une qualification sociétaire contestable.....	66
a- Les éléments de la contestation.....	66
b- Une tentative d'analyse nuancée.....	69
Sous-paragraphe II – Le fonctionnement du syndicat bancaire.....	70
A – La banque agent d'exécution.....	71
2) le rôle de la banque agent d'exécution	71
3) Les fonctions de la banque agent.....	71
a) La nature des fonctions de la banque agent	73
b) La responsabilité de la banque.....	74
B – Les autres banques participantes.....	74
4) L'exécution normale du contrat de prêt	75
c) La relations des banques avec relations avec la société de projet.....	76
B) Les relations entre les banques.....	76
2) L'exécution du contrat de prêt en temps de crise.....	77
a) Les banques minoritaires.....	77
b) Le rôle des banques majoritaires.....	77
Paragraphe II : Les prêts des organismes internationaux.....	78
Sous-paragraphe I : La recherche de la viabilité économique.....	78
A – La logique de l'intervention des organismes internationaux.....	79
1) Les raisons du recours aux prêts accordés par les organismes internationaux.....	79
2) La nature de la participation des institutions financières internationales.....	80
a) le cofinancement.....	80
b) Les garanties.....	81
B – Les organismes internationaux de financement prêts.....	81
1) La banque mondiale et ses institutions.....	82
a) La BIRD.....	82
b) La société financière internationale..... ;.....	82
5) Les banques islamiques.....	84

Sous-paragraphe II – Les prêts des établissements de crédit à l’exportation.....	84
A – Les particularités des crédits à l’exportation dans le financement de projet CET.....	85
B – Les modalités du financement par crédits à l’exportation.....	86
1) Les notions de crédits acheteur et fournisseur.....	86
2) Les systèmes nationaux de crédit à l’exportation.....	87
a) Le système français	87
b) Le système américain.....	99

CHAPITRE II : LA PRISE EN COMPTE DES RISQUES

ET LA GARANTIE DE REMBOURSEMENT

DES FONDS.....90

Section I : Les risques pouvant “perturbateur” le remboursement des prêts.....	90
--	----

Paragraphe I : Les risques spécifiques aux projets CET.....	90
---	----

Sous-paragraphe I – Les risques du projet à la phase de construction.....	91
---	----

A – Les risques principaux.....	91
---------------------------------	----

1) Le risque de dépassement du coût de construction.....	91
--	----

a) Les sources du risque du dépassement du coût.....	91
--	----

b) La couverture des risques de dépassement.....	92
--	----

2) Le risque de dépassement du délai de construction.....	95
---	----

a) Les sources du risque.....	95
-------------------------------	----

b) La couverture du risque de dépassement des délais et les techniques de couvertures....	96
---	----

c) L’identification du débiteur du risque de dépassement du délai.....	98
--	----

B – Les risques secondaires.....	98
----------------------------------	----

4) Le risque de non-conformité des installations aux conditions initialement prévues.....	98
--	----

c) Les justifications du risque de non-conformité.....	98
--	----

d) La couverture du risque de non-conformité.....	100
---	-----

5) Le risque de non-achèvement du projet.....	100
---	-----

6) Les risques relatifs aux conditions climatiques et géographiques.....	101
--	-----

Sous-paragraphe II – Les risques du projet à la phase d’exploitation.....	102
A – Les risques principaux.....	102
1) Le risque du marché.....	102
c) Les causes du risque du marché.....	102
d) La couverture du risque du marché.....	102
2) Le risque de change.....	104
3) Le risque de variation du taux d’intérêt.....	106
B – Les risques secondaires.....	106
1) Le risque du dépassement des coûts de fonctionnement.....	107
2) Le risque de défaillance des intervenants.....	107
 Paragraphe II : Les risques relatifs à l’environnement d’exécution du Projet.....	 107
Sous paragraphe I : Le risques politique	108
A – La particularité du risque politique dans le projet CET.....	108
2) La notion de risque politique.....	108
4- Les sources du risque politique.....	109
B – La couverture du risque politique.....	110
1) L’évaluation du risque politique.....	110
2) Les modalités de couverture du risque politique.....	111
a) Les organismes publics d’assurance dans les pays développés.....	111
b- Les garanties multilatérales.....	111
 Sous-paragraphe II – Le risque juridique lié au financement du projet CET.....	 113
A – La notion de risque juridique dans le financement de projet CET.....	114
3) L’examen de l’environnement juridique.....	114
4) Les causes du risque juridique	115
c) L’aléa législatif.....	115
b) L’aléa de la puissance publique.....	116
B- La prévention du risque juridique	117
3) la prévention de l’aléa législatif et de la puissance publique en cas de contrat CET conclu avec l’Etat lui-même.....	 117
b) La définition des clauses de stabilisation et d’intangibilité.....	118

b) La nature juridique des clauses de stabilisation.....	119
d) La validité des clauses de stabilisation	120
4) La prévention de l'aléa législatif et de la puissance publique en cas de conclusion du contrat avec une émanation de l'Etat.....	120
c) La solution compensatoire	120
d) La renégociation du contrat	121
 Section II : Les garanties de remboursements des banques prêteuses	122
 Paragraphe I : Les garanties relatives aux actifs de la société de projet pendant la phase de construction	123
 Sous-paragraphe I : Les actifs du projet, objet de sûretés réelles	123
1) Avantages et inconvénients des sûretés réelles dans les projets CET.....	123
2) Les sûretés habituelles	125
a) L'hypothèque dans le projet CET.....	125
b) Le nantissement	126
B) Les sûretés personnelles dans le projet CET.....	127
1) Les avantages et inconvénients des sûretés personnelles	127
2) Les sûretés personnelles habituelles.....	127
a) Le cautionnement	128
b) La lettre de confort	129
 Paragraphe II Les garanties du cash flow à la phase d'exploitation	131
 Sous paragraphe I : Les mécanismes juridiques abrégant le circuit financier : la transmission des créances.....	132
A La cession de créance	132
1 La notion de cession de créance.....	132
2 Les obstacles à la mise en œuvre de la cession de créance dans le projet CET.....	133
2-1) Les règles de forme.....	133
2-2) La transmission de créances futures.....	135
2-3) La cession fiduciaire de créance	136

3 Les diligences des banques prêteuses	137
b) Les mécanismes alternatifs de transmission de créances	138
a) Les techniques du droit des obligations : la délégation.....	138
b) Les techniques du droit des sûretés : le gage	140
Sous paragraphe II : Les mécanismes juridiques de protection des banques	
contre la revendication des tiers sur la même créance.....	141
A Le droit de priorité sur le flux financier	
dans le système de droit civil : (le mécanisme de notification).....	141
B Le droit de priorité sur le flux financier dans le système juridique anglo-saxon.....	143
1) Le security interest	143
2) Le floating charge.....	146
TITRE II : L'ORGANISATION CONTRACTUELLE DU PROJET CET.....	149
CHAPITRE I: LE PROCEDE CONTRACTUEL DE BASE :	
L'ACCORD DE PROJET.....	150
Section I : La formation du contrat de concession CET.....	151
Paragraphe I : La notion de contrat de concession CET	151
Sous-paragraphe I – La nature juridique ambivalente du contrat CET.....	151
A- L'accord de projet et le droit administratif.....	152
3) Les critères du contrat administratif	152
d) Les critères du contrat administratif du point de vue des droits africains.....	152
e) Les critères dégagés par la jurisprudence française	154
f) Les règles régissant le contrat administratif	154
4) L'identification de l'accord de projet ou contrat de concession CET	155
B-L'accord de projet dans le droit privé.....	159
4) La soumission de l'accord de projet au droit privé.....	159
5) La compétence du juge en matière de qualification du contrat	160
6) L'accord de projet, un contrat d'Etat	161

Sous-paragraphe II : Les caractéristiques de l'accord de projet	162
B- Les caractéristiques liées aux personnes impliquées	162
2) L'identification de l'autorité publique concédante	163
a) L'autorité concédante dans les pays africains.....	163
Paragraphe II : L'attribution particulière de l'accord de projet	165
Sous paragraphe I : Les obligations des parties avant le dépôt des offres obligations	165
A Les obligations à la charge de l'entité adjudicatrice	165
b) La mise en place du dossier d'appel d'offres	165
b) La mise en place de la procédure de pré qualification.....	167
c) L'intervention d'organe de régulation : l'exemple du conseil des infrastructures du Sénégal.....	168
d) La sollicitation des offres	172
B Les obligations mises à la charge des entreprises soumissionnaires	172
a) La préparation de l'offre.....	173
c) La présentation de l'offre dans le délai	173
d) La conformité des offres	174
e) La garantie de soumission	175
Sous paragraphe II : Les obligations des parties après le dépôt des offres	176
A L'ouverture des offres	177
B L'évaluation des offres.....	177
C Les négociations.....	178
D La clause d'entrée en vigueur.....	179
1°) L'importance de la date d'entrée en vigueur.....	179
2°) Le contenu de la clause d'entrée en vigueur.....	180
3°) La portée de la clause d'entrée en vigueur.....	181
Section II- L'exécution du contrat CET.....	182
Paragraphe I : Les obligations des parties.....	183

Sous-paragraphe I Les obligations de l'autorité concédante.....	183
A/ Les obligations financières de l'autorité concédante.....	183
1°) Les obligations financières à la conclusion du contrat.....	183
2°) Les obligations financières pendant l'exécution du contrat	185
d) Les obligations pendant la construction.....	185
e) Les obligations pendant l'exploitation.....	185
f) Les obligations financières à la fin de la période de concession	187
B- Les obligations non financières de l'autorité contractante.....	191
1°) Les obligations non financière à la conclusion du contrat.....	188
2°) Les obligations non financières à l'occasion de l'exécution du projet	191
3°) Les obligations non financières à la fin de la période de concession.....	195
 Sous-paragraphe II : Les obligations financière de la société de projet.....	196
A) Les obligations financières lors de la conclusion du contrat.....	196
1) Les obligations financières à la phase d'exécution du contrat	193
3) Les obligations financières à la fin de la période de la concession.....	193
C- Les obligations non financières de la société de projet	194
1) Les obligations non financières à la conclusion du contrat.....	194
2) Les obligations non financières à l'exécution du contrat.....	194
3°) Les obligations non financières à la fin de la période de la concession.....	197
 Paragraphe II / - La fin du contrat de concession CET.....	197
 Sous-paragraphe I La fin anticipée du contrat.....	197
A) La fin du contrat CET à l'initiative de l'autorité concédante.....	198
1) La violation des obligations par la société concessionnaire.....	198
2) Le changement de la situation juridique de la société de projet.....	199
3-La force majeure.....	199
4) L'exercice des prérogatives de l'autorité concédante.....	199
B – La fin du contrat CET du fait de la société de projet.....	201
1°) Les causes de la fin anticipée du contrat	201

c) La violation des obligations par l'autorité concédante.....	201
d) Le changement de la situation juridique de l'autorité concédante.....	202
c) La modification des lois.....	202
2°) Les obligations à la charge de la Société de projet.....	202
a) La notification de la fin du contrat.....	202
b) La compensation.....	203
 Sous-paragraphe II La fin normale du contrat de concession CET.....	203
 A°) L'obligation de transfert de la propriété du projet.....	203
1°) Les biens, objet de transfert de propriété.....	204
a- Les biens propres de la société de projet.....	204
b- Les biens de retour ou hard-over assets.....	204
c- Les biens de reprise ou recaptured assets.....	204
2°) Les caractéristiques du transfert de la propriété.....	206
a) La gratuité du transfert de propriété.....	206
b) Le transfert d'installations en bon état de fonctionnement.....	207
B – Les procédures de transfert de propriété du projet à l'autorité concédante.....	207
1°) L'expression de l'intention de renouveler ou non la concession.....	208
2°) L'inventaire des biens.....	208
3°) Le transfert de l'administration des installations.....	208
4°) Le moment du transfert de propriété.....	209

CHAPITRE II – LES CONTRATS D'APPLICATION DE L'ACCORD

DE PROJET.....210

Section I : Le contrat « clé en mains »210

Paragraphe I – Les particularités du contrat de construction clé en main relative au changement de rôle.....210

Sous-paragraphe I Le changement de rôle des parties.....211

A – Le changement du rôle du maître de l'ouvrage.....211

1°) Le maître de l'ouvrage dans le projet CET.....	211
2°) Les raisons du changement de rôle.....	212
3°) Les conséquences du changement.....	213
B – Le changement du rôle de l'entrepreneur.....	214
1°) Les modalités d'exécution des travaux.....	214
2°) Les risques de conflit d'intérêt.....	215
 Sous-paragraphe II Les particularités du contrat de construction clé en main relatives aux exigences de l'Etat d'accueil et des banques prêteuses.....	217
A/ - Les exigences de l'Etat d'accueil.....	217
1°) Les exigences liées au transfert de technologie.....	217
2°) Les exigences relatives au statut de propriétaire final du projet.....	218
3) Les exigences de l'Etat tenant de sa qualité d'acheteur unique des produits.....	219
B/ – Les exigences de banques prêteuses.....	219
1 – Les exigences liées aux choix du constructeur.....	220
2 – Les exigences liées à la méthode de rémunération du constructeur.....	220
 Paragraphe II : L'exécution du contrat de construction.....	221
 Sous-paragraphe I : Les obligations de la société de projet (maître de l'ouvrage).....	221
A – L'obligation principale de la société de projet (maître de l'ouvrage).....	221
2) Le prix forfaitaire.....	222
2) Les conséquences du prix forfaitaire.....	222
3) La combinaison du prix forfaitaire avec d'autres mécanismes.....	224
4) Le prix unitaire.....	224
5) Le prix cost + fee.....	224
B – Les autres obligations de la société de projet.....	225
1) La mise à disposition du site.....	225
2) L'assistance administrative.....	225
3) La réception des installations.....	227
 Sous-paragraphe II Les obligations de l'entrepreneur.....	227
A – L'exécution conforme des travaux.....	227

3) L'exécution selon le critère « clé en main ».....	227
4) La nature de l'obligation de conformité.....	229
B – La mise en place des garanties bancaires.....	230
3) La garantie de restitution d'acompte.....	230
4) La garantie de bonne exécution.....	232
e) La notion de garantie de bonne exécution.....	232
f) La typologie des garanties.....	232
g) Les modalités et les caractéristiques de la réalisation de la garantie de bonne exécution.....	234
h) Importance et nature juridique de la garantie à première demande.....	237
Section II : La contractualisation de l'exploitation du projet	238
Paragraphe I : La protection contractuelle de la rentabilité et la garantie de l'approvisionnement en matières premières.....	238
Sous-paragraphe I – La protection contractuelle de la rentabilité	238
A – Le contrat d'exploitation.....	238
3) Les modalités de l'exploitation.....	239
4) Les droits et obligations de l'exploitant.....	239
a-Les droits.....	240
b-Les obligations.....	241
B – Le contrat de maintenance.....	243
3) La définition et les modalités du contrat de maintenance	243
c) La définition du contrat de maintenance.....	243
d) Les modalités du contrat de maintenance.....	244
4) Les obligations du maintenancier.....	244
d) La nature des obligations du maintenancier.....	244
e) Le contenu de l'obligation du maintenancier.....	245
Sous-paragraphe II – La garantie contractuelle de l'approvisionnement en matières premières : le contrat supply or pay.....	246
A – Les caractéristiques du contrat supply or pay.....	246

3) La définition du contrat supply or pay.....	247
4) La relation entre le contrat supply or pay et les autres contrats du projet.....	247
c) Le contrat supply or pay et l'Accord de projet.....	247
d) Le contrat supply or pay et le contrat take or pay.....	248
e) Le contrat supply or pay et le contrat de prêt.....	248
B – L'exécution du contrat supply or pay.....	249
3) Les obligations des parties.....	249
c) Les obligations de la société de projet acheteuse.....	249
d) Les obligations de l'organisme public vendeur	250
4) Les causes de disparition du contrat take or pay.....	250
a) La force majeure.....	251
b) La faute de l'une des parties.....	251
c) Le changement de lois.....	252
 Paragraphe II : La stratégie contractuelle de commercialisation	
du cash flow du projet : le contrat take or pay.....	252
Sous-paragraphe I – La notion de contrat take or pay.....	253
A – La caractéristique du contrat take or pay.....	253
3) Définition du contrat take or pay.....	253
4) Les parties au contrat.....	255
B – Les obligations des parties du contrat take or pay.....	256
4) Les caractères de l'obligation principale.....	256
5) Les garanties d'exécution de l' obligation principale.....	258
6) La validité controversée du contrat take or pay.....	259
 Sous-paragraphe II – Les avantages du contrat take or pay pour les parties.....	
A – L'intérêt du contrat take or pay pour les banques prêteuses.....	261
1 la stabilisation du prix des services et produits du projet.....	261
2 Le contrat take or pay : une solution à de la faillite de la société de projet..... ;.....	262
3 Le contrat take or pay, une solution au risque d'absence de clientèle captive.....	263
B – L'intérêt du contrat take or pay pour la société de projet.....	264

1 Le contrat take or pay, solution aux dépenses de fonctionnement.....	265
2 Le contrat take or pay, solution aux sanctions de la puissance publique.....	265
3 Le contrat take or pay, instrument de partage des risques.....	266
a) Le risque réglementaire.....	267
b) Le risque politique.....	267
c) Le risque de l'insolvabilité de l'acheteur.....	268
d) Le risque de la force majeure.....	269
e) Le risque d'équipement.....	269

Conclusion à la première partie.....	270
--------------------------------------	-----

DEUXIEME PARTIE : LE CONTENTIEUX DU PROJET CET.....273

TITRE I – LE REGLEMENT DES DIFFERENDS DU PROJET CET.....275

CHAPITRE I : LE REGLEMENT NON JURIDICTIONNEL276

Section 1 : Le règlement non juridictionnel résultant de décisions à caractère obligatoire :

Le système des conditions FIDIC.....	276
--------------------------------------	-----

Paragraphe I : L'intervention de l'ingénieur ou du DAB selon les conditions

FIDIC et du Silver Book.....	277
------------------------------	-----

Sous paragraphe I : Les conditions d'intervention de l'ingénieur conseil et du

DAB.....	277
----------	-----

A – L'existence d'un litige.....	277
----------------------------------	-----

B – Le double rôle de l'ingénieur.....	279
--	-----

C – La position des Conditions de Silver Book.....	280
--	-----

D – La position des parties dans un projet CET.....	281
---	-----

Sous paragraphe II- Les conditions de décisions de l'ingénieur et du DAB.....	283
---	-----

A – La décision de l'ingénieur.....	283
-------------------------------------	-----

B – La décision du DAB.....	285
-----------------------------	-----

Paragraphe II : L'intervention du tribunal arbitral selon la clause 67 des Conditions FIDIC 286

Sous paragraphe I - Les conditions de saisine du tribunal arbitral.....	286
A – Les conditions de saisie du tribunal de la clause 67.....	286
B - Les conditions de saisine du tribunal arbitral selon le DAB.....	287
C – Les conditions de saisine du tribunal arbitral selon les contrats CET.....	288

Sous paragraphe II : La mission du tribunal arbitral.....	289
A – La mission du tribunal arbitral selon la clause 67.....	289
B – La mission du tribunal arbitral selon les conditions du Silver Book.....	290

Section II : Le règlement non juridictionnel : Le recours l'expertise technique.....291

Paragraphe I- La notion d'expertise technique.....291

Sous paragraphe I – La compréhension de l'expertise technique.....	291
A – Les types d'expertises	292
1°) L'expertise pré arbitrale.....	292
2°) L'expertise arbitrale.....	294
3°) La méthode du choix de l'expert dans les projets CET.....	295

Sous paragraphe II – Les attributions de l'expert et la valeur juridiques de ses avis.....297

A – Les litiges soumis à l'expert.....297

1°) L'intervention de l'expert pendant la construction.....	298
2°) L'intervention de l'expert pendant la période d'exploitation.....	298
B – La valeur juridique des avis de l'expert.....	299

Paragraphe II – Les règles de fonctionnement de l'expertise institutionnelle300

Sous paragraphe I : Le cadre général de l'expertise dans certains organismes

Internationaux.....	301
---------------------	-----

A – L'organisation générale de l'expertise technique.....	301
B – La désignation de l'expert.....	301
Sous paragraphe II : La mission et la valeur juridique des recommandations de l'expert...	304
A – La mission de l'expert.....	304
B – La valeur juridique du rapport de l'expert.....	307
CHAPITRE II. LE REGLEMENT JURIDICTIONNEL DES LITIGES.....	308
Section I : Le recours à l'ordre juridictionnel du pays d'accueil	308
Paragraphe I- La compétence des juridictions nationales à la phase d'élaboration du contrat.....	309
Sous paragraphe I : La compétence des juridictions nationales dans le règlement des litiges a la phase de négociation.....	309
D- L'influence du fondement juridique de l'action de l'entreprise Soumissionnaire.....	309
E- La qualité de l'entreprise soumissionnaire.....	311
F- L'existence d'une clause attributive de juridiction.....	313
Sous paragraphe II : La compétence de l'ordre juridique national dans le règlement des litiges de la phase d'attribution.....	313
A/- Les possibilités de recours à la juridiction locale selon les droits Nationaux.....	314
1°) Le recours administratif.....	314
2°) Le recours contentieux.....	315
Paragraphe II : La compétence des juridictions nationales à la phase d'exécution.....	316
Sous paragraphe I- La compétence des tribunaux étatiques en matière de mesures conservatoires.....	316
D- Le juge compétent en matière de mesures conservatoires.....	317
E- L'influence de la clause compromissoire sur la compétence du juge Judiciaire ou administratif en matière de mesures conservatoires.....	317

F- L'arbitre et les ordonnances de référé.....	319
Sous paragraphe II- Le recours aux tribunaux arbitraux	
en matière de mesures conservatoires	320
D- La mission de l'arbitre statuant en référé.....	320
E- La procédure de référé pré arbitral.....	322
F- La valeur de la décision de l'arbitre.....	322
Section II : Le recours arbitral international	323
Paragraphe I : La pertinence de l'arbitrage international	
dans le règlement des litiges du projet CET.....	325
Sous paragraphe I : Les particularités de l'arbitrage international	
avant le prononcé de la sentence.....	325
D- La position des lois, de contrats CET et le Guide de la CNUDCI.....	325
1°) La position des lois et des contrats CET	325
2°) La position du Guide de la CNUDCI.....	328
E- La mise en place de l'instance arbitrale dans les projets CET.....	329
1°) Les modalités du recours à l'arbitrage.....	329
2°) La nomination des arbitres.....	331
3°) Les effets de la clause compromissoire dans les contrats du projet CET.....	333
4°) L'autonomie de la clause compromissoire.....	333
Sous paragraphe II/ Les particularités de l'arbitrage international	
après le prononcé de la sentence.....	335
D- Les voies de recours contre la sentence arbitrale.....	336
1°) Les voies de recours en droit français et OHADA.....	336
2°) Les conditions du recours	338
E- L'exécution de la sentence par les parties aux contrats CET.....	338

Paragraphe II Les obstacles aux recours à l'arbitrage international.....	340
Sous paragraphe I : La présence de l'Etat ou d'une personne publique dans	
l'arbitrage : Le principe de la prohibition de l'arbitrage	341
B. Le principe de l'interdiction de compromettre.....	341
F- L'aptitude des personnes publiques à compromettre dans le droit OHADA.....	342
1°) La position du droit africain.....	342
2°) Le droit comparé.....	347
Sous paragraphe II/- La multiplicité des contrats et des litiges.....	352
C- La clause d'arbitrage multipartite.....	352
D- La clause d'arbitrage multipartite dans le cadre du projet CET.....	355
1 La clause d'arbitrage multipartite en présence d'un consortium.....	355
2 La clause d'arbitrage multipartite en cas de contrats séparés.....	359
3 La clause d'arbitrage multipartite en cas de sous-traitance.....	361
F- L'extension de la clause compromissoire.....	362
1 Les conditions de l'extension.....	363
3 Les effets de l'extension.....	366

TITRE II : LE DROIT APPLICABLE AUX OPERATIONS RELATIVES AU PROJET

CET.....	369
----------	-----

CHAPITRE I : L'APPLICATION DU DROIT DU PAYS D'ACCUEIL

DU PROJET CET.....	370
--------------------	-----

Section I ; La détermination de la loi applicable aux contrats en

CET par les règles de conflit de lois	379
---	-----

Paragraphe I : L'application de la loi du pays d'accueil du projet à la phase

Précontractuelle.....	379
-----------------------	-----

Sous paragraphe I : La loi applicable aux différentes négociations

des contrats du projet CET.....	371
---------------------------------	-----

D- L'existence d'un contrat.....	371
----------------------------------	-----

E- En l'absence de contrat.....	372
---------------------------------	-----

dans le droit local.....	397
A – Les autorisations administratives.....	397
B – La réglementation financière.....	399
C – Les règles applicables en matière de travail.....	400
D – Les règles fiscales applicables.....	402
E – Les règles douanières.....	404
Sous paragraphe II : Les effets des règles d’application immédiate.....	404
A – L’effet des règles d’application immédiate devant le juge étatique.....	405
B – L’effet des règles devant l’arbitre.....	405
C – La position des conventions internationales.....	406
Paragraphe II : Les règles d’application immédiate l’ordre juridique du cocontractant	406
Sous paragraphe I : Les règles d’application immédiates étrangères.....	407
A- La notion de règle d’application immédiate.....	407
B – Les conséquences de la prise en compte ou non des règles d’application immédiate étrangères.....	407
Sous paragraphe II : La portée de l’obligation du juge compétent dans la prise en considération des règles d’application immédiate étrangères.....	408
A – La position jurisprudentielle.....	409
B – Les conventions internationales.....	409
C – La position doctrinale.....	411

CHAPITRE II : LA SOUMISSION DE L’OPERATION DU PROJET CET

A UN TIERS ORDRE JURIDIQUE :

LES TENDANCES DOCTRINALES ET ARBITRALES.....413

Section I – La place des principes généraux et usages du commerce dans l’opération CET.....	414
Paragraphe I : La détermination des principes généraux du droit	414
Sous paragraphe I : L’intérêt des principes généraux du droit dans le règlement des	

Litiges.....	415
A – Les avantages des principes généraux du droit.....	415
B – Les inconvénients des principes généraux.....	415
Sous paragraphe II : Les modalités d'application des principes généraux.....	416
A – La référence aux principes généraux s'effectue par une clause du contrat.....	416
B La subsidiarité des principes généraux du droit.....	416
C – La portée des principes généraux du droit.....	418
Paragraphe II – La détermination des usages du commerce international applicables.....	419
Sous paragraphe I : La notion et les intérêts du commerce international.....	420
A – La définition des usages du commerce international.....	420
B – Les avantages des usages du commerce international.....	420
C – Les inconvénients des usages du commerce international.....	421
Sous paragraphe II : Les cas de recours aux usages du commerce international.....	422
A – Le recours volontaire aux usages du commerce international.....	422
B – La volonté de l'arbitre dans l'application des usages internationaux du commerce.....	424
Section II La typologie des principes généraux et usages du commerce applicables au projet CET.....	424
Paragraphe I : L'utilisation des principes généraux et usages du commerce comme droit applicable au projet CET.....	425
Sous paragraphe I : La direction du comportement des parties.....	426
A – Le principe de l'estoppel.....	426
1- Généralités sur l'estoppel.....	426
a°) La notion d'estoppel.....	426
b°) Le fondement du principe de l'estoppel.....	428
c°) Les conditions d'application du principe d'estoppel.....	428
2- L'application du principe de l'estoppel par les tribunaux arbitraux.....	431
3- L'application du principe de l'estoppel aux litiges nés de l'exécution du projet CET.....	444
B- La condamnation de la corruption.....	433
1°) La corruption en matière de projet CET.....	433

2°) La position des droits nationaux sur la corruption.....	434
3°) L'effet de la corruption sur le contrat.....	434
 Sous paragraphe II : Les principes généraux applicables à leur exécution du contrat CET	436
A – Le principe du Restitutio in integrum.....	436
B – Le principe de l'exécution non adimpleti contractus.....	436
C – Le principe de l'indemnisation du Lucrum Cessans.....	437
D – Le principe du respect des droits acquis.....	437
E – Le principe de l'enrichissement sans cause.....	438
F – Le principe de la Pacta Sunt Servanda.....	439
 Paragraphe II : L'utilisation des usages du commerce international.....	439
 Sous paragraphe I : La contribution de la pratique contractuelle.....	439
A – Les clauses nouvelles.....	450
B – Les nouveaux ensembles contractuels	441
C – Les Conditions élaborées par les Fédérations et organismes.....	442
 Sous paragraphe II : Les usages du commerce international relatif au processus arbitral...	443
A – La pouvoir de l'arbitre dans la formation et l'application des usages du commerce international.....	443
B – Exemples d'usages du commerce international tirés de la jurisprudence arbitrale.....	444
 Conclusion du Titre II.....	446
 CONCLUSION GENERALE.....	450
 BIBLIOGRAPHIE ET WEBOGRAPHIE.....	462
 INDEX ALPHABETIQUE.....	481
 TABLE DES MATIERES.....	495