

## AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

## NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

LES PROJETS *BUILD, OPERATE AND TRANSFER* (BOT) :  
une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux.

Par

Euloge Anicet NKOUNKOU

Faculté de droit

Mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de  
Maître en droit, option recherche et droit des affaires

Novembre 2002

© Euloge Anicet NKOUNKOU



**Université de Montréal  
Faculté des études supérieures**

**Ce mémoire intitulé :  
Les projets Build, Operate and Transfer :  
une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux**

**présenté par :  
Euloge Anicet NKOUNKOU**

**A été évalué par un jury composé des personnes suivantes**

---

**président-rapporteur**

---

**directeur de recherche**

---

**membre du jury**

## Résumé du mémoire

Dans le vaste champ du droit international des affaires, les projets « *Build, Operate and Transfer* » (*BOT*) signifiant « Construire, Exploiter et Transférer » et leurs variantes semblent moins connus du fait qu'ils représentent un type particulier d'investissement.

La réalisation de ces projets fait intervenir de nombreux acteurs (notamment l'État hôte, la société concessionnaire et les cocontractants) aux intérêts souvent divergents mais qui tendent tous à la satisfaction d'un objectif commun : la réussite du projet.

L'une des particularités de ces projets est que l'État ayant un fort taux d'endettement et d'impérieuses contraintes budgétaires limitant la capacité du secteur public aux besoins croissants en matière d'infrastructures, bénéficie sous certaines conditions, la participation du secteur privé qui supporte d'énormes risques financiers. Notre étude se veut d'abord une pénétration des mécanismes contractuels des projets *BOT* afin de déceler les enjeux qui font leur complexité. C'est à la suite de cette analyse que succèdera l'étude des problèmes juridiques affectant l'enveloppe financière, les garanties étatiques ainsi que l'allocation des risques. Dans la troisième partie, notre réflexion sera relancée pour comprendre des questions multiples liées à la sécurisation des investissements *BOT* réalisés dans les pays à instabilité politique particulièrement en Afrique. Le bilan s'ouvrira sur une analyse critique des sentences arbitrales ciblées en insistant sur des principes très généraux dont l'application a fait l'objet des débats animés en droit des investissements.

(mots clés : Projet *BOT* ou *CET* - formules apparentées – infrastructure - contrat de concession - partenariat public/privé - financement – garantie - risque – sécurisation – investissement).

## TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ DU MÉMOIRE.....	iii
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	x
REMERCIEMENTS.....	xii
AVANT PROPOS.....	xiii
<b>INTRODUCTION ET PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES PROJETS <i>BOT</i></b> .....	16
<b>CHAPITRE I : Définition des projets <i>BOT</i> et distinction avec les projets assimilés</b> .....	20
<b>Section 1 : Approche définitionnelle</b> .....	20
Paragraphe 1: Les projets Build, Operate and Transfer ( <i>BOT</i> ).....	20
Paragraphe 2 : Nature des projets <i>BOT</i> .....	22
Paragraphe 3 : Les variantes du <i>BOT</i> .....	25
<b>PREMIÈRE PARTIE : ARCHITECTURE CONTRACTUELLE DES PROJETS BUILD OPERATE TRANSFER (<i>BOT</i>)</b> .....	28
<b>CHAPITRE I: Complexité de la structure contractuelle <i>BOT</i></b> .....	31
<b>Section 1:Aspect pluriel du contrat <i>BOT</i></b> .....	32
Paragraphe 1 : Conclusion d'un pacte contractuel entre actionnaires une forme de joint-venture ? .....	34
Paragraphe 2 : Conclusion d'un contrat d'ingénierie, de fournitures et construction entre la société de projet et une ou plusieurs entreprises spécialisées.....	36
A.- Engagement contractuel des ingénieurs-Conseils. ....	36
1.- Nécessité de l'intervention des ingénieurs – conseils. ....	37
2.- La nature et l'étendue des prestations des ingénieurs-conseils dans le montage <i>BOT</i> , aux côtés des pouvoirs publics du pays hôte. ....	38
3.- L'étendue des engagements contractuels des ingénieurs-conseils envers le promoteur ou le concessionnaire dans les projets <i>BOT</i> .....	38
B.- Engagement contractuel des constructeurs et fournisseurs envers la société de projet.....	42
1.- Mission et interdépendance des entreprises de construction et de fourniture...	43
a) Nature des obligations du constructeur.....	44
b) Nature des obligations du fournisseur.....	45
2) Portée harmonieuse des deux contrats.....	46
Paragraphe 3 : Conclusion d'une convention de crédit par la société du projet et ses prêteurs.....	48

<b>Section 2 : Aspect bipartite du contrat BOT</b> .....	49
Paragraphe 1 : Contrat liant les pouvoirs publics de l'État hôte et la société de projet.....	49
Paragraphe 2 : Contrat d'exploitation et de maintenance entre la société de projet et une entreprise ou plusieurs entreprises qualifiées.....	50
Paragraphe 3 : Conclusion d'un contrat d'approvisionnement en matière première entre un fournisseur et la société de projet.....	53
Paragraphe 4 : Contrat de vente et de prestations de service ou encore contrat d'achat.....	54
Paragraphe 5 : Contrats de souscription aux polices d'assurance.....	56
Paragraphe 6 : Contrat de dépôt fiduciaire.....	59
<b>Section 3 : Les enjeux liés à la structure contractuelle</b> .....	61
Paragraphe 1 : Problématique du droit applicable à l'accord de projet BOT.....	62
Paragraphe 2 : Problématique du droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire avec ses sous-traitants.....	68
A.- Champ d'intervention légitime de l'action publique dans les contrats conclus entre le concessionnaire avec les autres promoteurs...	68
B.- Nécessité d'une procédure d'approbation étatique à l'égard des contrats conclus entre la société concessionnaire et ses cocontractants.....	70
Paragraphe 3 : Ébauche des solutions dans l'accord de projet, hors tribunal.....	76
A.- Enjeux relatifs au montage juridique.....	76
B.- Enjeux relatifs au montage juridico-financier.....	78
<b>CHAPITRE II : Les obligations contractuelles des parties prenantes au contrat BOT</b> .....	79
<b>Section 1 : Marge de l'intervention des pouvoirs publics du pays hôte</b> .....	79
Paragraphe 1 : Motifs raisonnables justifiant cette intervention étatique.....	79
Paragraphe 2 : Contrat BOT et la mise en jeu de la souveraineté étatique.....	80
A.- la portée du principe de souveraineté.....	81
B.- Contexte approprié pour évoquer le principe de souveraineté en l'espèce.....	81
Paragraphe 3 : L'obligation étatique de suivi et de contrôle de la société de projet.....	82
<b>Section 2 : Périmètre d'action de la société du projet ou l'entreprise concessionnaire</b> .....	84
Paragraphe 1 : Obligations de la société concessionnaire à l'égard de l'État hôte..	85
Paragraphe 2 : Obligations de la société concessionnaire à l'égard des sous-traitants.....	85
Paragraphe 3 : Obligations du concessionnaire à l'égard des bailleurs de fonds...	87
<b>DEUXIÈME PARTIE : STRUCTURES FINANCIÈRES ET CONTRAT DE FINANCEMENT D'UN PROJET BOT</b> .....	89

<b>CHAPITRE I: Contrat de financement et questions juridiques affectant l'enveloppe financière.....</b>	<b>90</b>
<b>Section 1 : Les fonds propres ou la prise de participation des promoteurs au capital social.....</b>	<b>92</b>
<b>Section 2 : Les créanciers de premier rang.....</b>	<b>92</b>
<b>Section 3 : La nature de l'apport du financement public dans le projet BOT.....</b>	<b>93</b>
<b>CHAPITRE II : la problématique des garanties contre les risques dans l'investissement des projets BOT.....</b>	<b>95</b>
<b>Section 1 : Les principes régissant l'allocation des risques d'un projet BOT.....</b>	<b>96</b>
<b>Section 2 : Identification et allocations des différents risques pré-opérationnels.....</b>	<b>97</b>
Paragraphe 1.- Risques pendant la phase de construction.....	97
1.- Risque de non-achèvement des travaux de l'infrastructure.....	98
2 - Risque de dépassement des coûts.....	98
a) Causes habituelles de dépassement du budget initial de construction du projet.	99
b) Problème de transfert des risques liés au dépassement des coûts de construction.....	99
3.- Risque relatif à l'irrespect par le constructeur des spécifications de l'infrastructure ou de l'unité industrielle (encore appelé risque de non-performance), .....	100
Paragraphe 2 : Risques pendant l'exploitation.....	102
A.- Risques politiques que courent l'entreprise concessionnaire et ses cocontractants.....	102
a) Les agences de crédit à l'exportation.....	103
b) Rôle des institutions financières internationales et des assureurs du risque politique.....	104
B.- Risque environnemental.....	106
<b>Section 3 : Étude des mesures de garantie et de protection du financement des projets BOT.....</b>	<b>108</b>
A.- Garanties relatives à l'exploitation.....	108
B- Garanties contre le risque de non-transfert de propriété de l'infrastructure.....	110
C.- Garanties contre le risque d'expropriation.....	110
<b>CHAPITRE III : Anatomie du volet pré-contentieux de la violation du contrat BOT.....</b>	<b>112</b>

<b>Section 1 : Expropriation et Nationalisation</b> .....	112
Paragraphe 1.- Compréhension des concepts de nationalisation et d'expropriation.....	112
Paragraphe 2 : Incidence et gestion des notions d'expropriation et de nationalisation dans les projets d'infrastructure sous les formules BOT ou apparentées.....	116
<b>Section 2 : Rupture unilatérale du contrat BOT</b> .....	118
Paragraphe 1 : Résiliation par l'État d'accueil du projet.....	118
Paragraphe 2 : Résiliation par le concessionnaire du projet.....	120
Paragraphe 3 : Extension de la résiliation : abandon volontaire du projet en cours de construction.....	120
<b>Section 3 : Interruption du projet BOT causée par des catastrophes naturelles</b> .....	121
Paragraphe 1 : Cas de force majeure et gestion juridique de la théorie de l'imprévision en matière des projets BOT.....	122
Paragraphe 2 : Contrat de concession BOT et clause du Hardship.....	127
A.- Mise en œuvre de la clause de Hardship dans le contrat de concession BOT.....	128
B.- L'échec de l'obligation de négociation.....	129
<b>Section 4 : La question de non finalisation du projet, provoquée par le phénomène du terrorisme</b> .....	130
A.- Difficulté de définir le terrorisme.....	131
B.-- Tentative de définition.....	132
1.- Le terrorisme et le principe de territorialité.....	133
2.- Responsabilité et indemnisation.....	134
<b>Section 5 : Analyse critique de quelques textes du droit international relatifs aux garanties et à la protection de l'investissement BOT</b> .....	135
Paragraphe 1 : Contexte historique de l'évolution du droit conventionnel multilatéral.....	135
Paragraphe 2 : Instruments bilatéraux de protection des investissements.....	137
<b>CHAPITRE V : Aperçus nord-américain et européen des concessions BOT</b>	139
<b>Section 1 : Politique nord-américaine</b> .....	139
<b>Section 2 : Politique européenne des concessions</b> .....	140
Paragraphe 2 : Droit communautaire des concessions est-il une nécessité ? enjeux.....	142
<b>TROISIÈME PARTIE : APERÇU DE LA FAISABILITÉ DES PROJETS BOT EN AFRIQUE : UNE RELATIVE RÉUSSITE COMPTE TENU DES TUMULTES POLITICO-ÉCONOMIQUES</b> .....	145

<b>CHAPITRE I: La question de la recherche de sécurité juridique à long terme pour les projets BOT en Afrique.....</b>	<b>147</b>
<b>Section 1 : Internationalité de la convention d'établissement en vue de la réalisation d'un projet BOT en Afrique.....</b>	<b>148</b>
<b>Section 2 : Le phénomène de la mutabilité fréquente des conventions d'établissement.....</b>	<b>149</b>
<b>Section 3 : Deux pays où l'on trouve quelques exemples particulièrement réussis des projets BOT ou leurs dérivés en Afrique : Madagascar et la Côte d'Ivoire.....</b>	<b>150</b>
Paragraphe 1: Le Projet ILMENITE à Fort-Dauphin, Madagascar adopté par société promotrice canadienne Q.I.T appartenant au groupe Rio Tinto. ....	151
Paragraphe 2 : Expérience ivoirienne en matière de contrat <i>BOT</i> et contrat parenté.....	152
<b>CHAPITRE II : Aperçu réflexif des litiges concernant les projets BOT victimes des guerres civiles, pillages et instabilité des institutions politiques.....</b>	<b>156</b>
<b>Section 1 : Projet BOT : une mise en danger des économies monocultures...</b>	<b>157</b>
Paragraphe 1 : Les pays dont l'économie n'est constituée que d'une seule ressource.....	157
Paragraphe 2 : La succession d'États et le droit des investissements.....	158
<b>QUATRIÈME PARTIE : PHASE CONTENTIEUSE DES CONTRATS BOT.....</b>	<b>160</b>
<b>CHAPITRE I: Responsabilité en matière de violation de contrat BOT.....</b>	<b>161</b>
<b>Section 1 : Responsabilité des pouvoirs publics.....</b>	<b>161</b>
Paragraphe 1 : Enjeux du débat sur la Responsabilité contractuelle de l'État hôte.....	162
A.- Théorie de l'imputabilité.....	163
B.- Théorie de l'inaction de l'État hôte.....	165
<b>Section 2 : Responsabilité politique, effacement de la responsabilité juridique?.....</b>	<b>166</b>
Paragraphe 1 : Responsabilité politique, approche de définition.....	166
Paragraphe 2 : Ébauches de solutions juridiques aux problèmes par la responsabilité politique de l'État.....	173
<b>Section 3 : Synthèse sur la responsabilité de la société concessionnaire.....</b>	<b>174</b>

<b>CHAPITRE II : Institution compétente et procédures de Règlement des différends.....</b>	<b>176</b>
<b>Section 1 : Institution compétente et nature des différends.....</b>	<b>176</b>
<b>Section 2 : Étude critique de quelques sentences arbitrales relatives aux conventions BOT.....</b>	<b>180</b>
Paragraphe 1 : Définition et controverse sur la notion d'investissement.....	181
A.- Aperçu comparé des conceptions de la notion d'investissement dans les Conventions d'AMGI et de Washington.....	183
B.- Controverse doctrinale et jurisprudentielle sur l'interaction entre la Compétence du CIRDI et la notion d'investissement .....	186
Paragraphe 2 : Compétence du CIRDI et le consentement des parties.....	189
A- La problématique du droit applicable de la qualité pour agir.....	192
B- Critères de contrôle et de la nationalité des personnes morales dans la Convention.....	196
Paragraphe 3 : le régime indemnitaire.....	197
A- Critère d'indemnisation devant la volonté de l'État concédant d'exproprier un investissement international : le cas des intérêts composés.....	200
B.- Approche critique relative à la détermination du montant de la réparation du préjudice et les méthodes d'évaluation. ....	202
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>208</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>212</b>

## Liste des abréviations

ACDI :	Agence Canadienne du Développement International
ALD :	Actualité législative Dalloz
ALENA :	Association de Libre échange Nord -Américain
Annuaire fr. dr. Int. :	Annuaire français du droit international
BAD :	Banque Africaine de Développement
BAD :	Banque Asiatique de Développement
BEI :	Banque Européenne d'Investissement
BIRD :	Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement
BIAD :	Banque Interaméricaine de Développement
BOT:	Build, Operate and Transfer
CIRDI :	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
CNUCED :	Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement
CNUDCI :	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
CJCE :	Cour de Justice des Communautés Européennes
CCE :	Commission des Communautés Européennes
Dr. Prat. Com. Int. :	Droit et pratique du commerce international
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils
FMI :	Fonds Monétaire International
IICLR:	Indiana -International and Comparative-Law- Review
IBL:	International Business Lawyer
ICLR :	International Construction Law Review
IFC :	International Finance Corporation
JDAI :	Journal du droit des affaires internationales
JOCE :	Journal officiel des Communautés européennes
JTL:	Journal of Transnational Law
L.& C. P.	Law & Contemporary Problems
MLA :	Agence Multilatérale de Développement
MIGA:	Multinational Investment Guarantee Agency
Moore Digest:	A Digest of International Law
OCDE :	Organisation de Coopération et Développement Économique
O.M.C :	Organisation Mondiale du Commerce
ONUDI :	Organisation des Nations Unies pour le Développement Industriel
P.(pp.):	Page(s)
PFI:	Private Finance Initiative
PPC:	Public-Private-Co-operation
PPI:	Private Provided Infrastructure
PPP:	Public-Private-Partnership
PRG:	Partial Risk Guarantee
RCADI :	Recueil des cours de l'Académie de droit International de la Haye
Rev. arb. :	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP :	Revue critique du droit international privé
RD aff. Int.:	Revue de droit des affaires internationales
RD imm. :	Revue de droit immobilier
Rev. dr .int et dr comparé :	Revue de droit international et droit comparé
RFD adm. :	Revue française du droit administratif
RTD eur. :	Revue trimestriel de droit européen
RQDI :	Revue québécoise du droit international
SFI :	Société financière internationale
Suiv.(ss) :	Suivante (s).
UNIDROIT :	Institut international pour l'unification du droit privé
YCA :	Yearbook Commercial Arbitration

« Ces contrats correspondent à un contrat de mariage, limité dans le temps, dans lequel chacun apporterait le meilleur de lui-même, sans possibilité de divorce ».

*Didier LAMÈTHE in les nouveaux contrats internationaux d'industrialisation,*  
*(Esquisse d'un manifeste dans les rapports Nord-Sud)*

## REMERCIEMENTS

Nous adressons nos très vifs remerciements, à Maître Vilaysoun LOUNGNARATH, avocat au Barreau du Québec, professeur agrégé et chargé de l'enseignement du Droit des relations économiques internationales à l'Université de Montréal, actuellement Conseiller auprès du Secrétariat de l'Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) à Genève, d'avoir permis grâce à sa disponibilité, ses précieux conseils, sa sollicitude, son encadrement soutenu, son savoir proposer-constructif, la réalisation de ce travail et d'en assurer le directoire. Nous tenons aussi à témoigner au professeur LOUNGNARATH notre reconnaissance d'autant plus que la paternité de l'idée d'entreprendre cette étude sur les projets *BOT*, lui revient.

Qu'il nous soit aussi permis d'associer à notre gratitude, toutes les personnes qui par leur aide et leur amitié, sans oublier mes parents, ont contribué de près ou de loin à cette œuvre.

## AVANT PROPOS

Il paraît certes facile et aisé pour tout individu, tout intellectuel, certains éminents juristes et praticiens, d'user d'un concept, d'un thème juridique, sans se soucier de l'envergure que peut susciter son analyse : l'espace pluriel du contrat international de concession<sup>1</sup> soumis à notre réflexion appelle à ce constat.

En effet, il offre à tout chercheur, à tout esprit ouvert et curieux un vaste champ de réflexion, jalonné par des interrogations délicates, tendancieuses, ambitieuses et audacieuses,<sup>2</sup> parmi lesquelles, celles entourant la complexité du contrat de type *Build, Operate and Transfer (BOT)* et contrats apparentés, actuellement en constante utilisation, dans le cadre de la réalisation d'importants travaux d'infrastructures par les gouvernements et leurs promoteurs à l'échelle planétaire.

A une époque millénariste, où le langage économique ne peut se passer de la mondialisation multidimensionnelle, où les problèmes économiques internationaux déterminent la vie de chaque État et de chaque citoyen de cet État, où on observe un vaste mouvement de libéralisation des capitaux, les contrats internationaux de

---

<sup>1</sup> En effet, il existe plusieurs types de contrat internationaux de concession, pour ne citer que le *BOOT* (build, own, operate, transfer), le *BOO* (build, own, operate), le *ROT* (renovate, operate, transfer) et le *ROM* (renovate, operate, maintain). Pour l'étude des différents contrats de concession voir « Guidelines for Infrastructure Development through Build - Operate - Transfer (BOT) Projects » UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANISATION(UNIDO), Vienna, 1996 p.3 et s.

<sup>2</sup> Comme pour emprunter le terme utilisé par Me Bernard Colas, lors du colloque portant sur des contrats internationaux de concession, qu'il animait à l'invitation du service de la formation permanente du Barreau du Québec le 6 mai 1999. Ce contrat est audacieux, simplement parce que non seulement il consacre des sommes considérables, il est de longue durée, période à laquelle peuvent surgir d'événements imprévisibles porteurs de risques et affectant l'investissement *BOT*.

concession et la formule *BOT* en particulier, n'ont jamais à toute ampleur, constitués les béquilles des investissements internationaux à long terme<sup>3</sup>.

La résurgence de la problématique des contrats internationaux de concession avec concentration sur la formule *BOT* et formules apparentées dans notre analyse, est due, au fait de la possibilité de déplorer leur place trop restreinte, qui est faite jusqu'ici, dans l'enseignement du Droit des relations économiques internationales mais aussi de l'existence d'un encadrement juridique non-simplifié, abstrait en la matière. Certaines écoles ont opté carrément pour la dispense faite à leurs étudiants du cours relatif aux projets *BOT* et leurs variantes, qui bien qu'en pleine renaissance, constituent pourtant la plaque tournante de l'économie moderne. Au Québec, en dépit du caractère facultatif donné aux contrats internationaux de concession, dans l'étude systématique des relations économiques internationales dans certaines universités, des manuels en français consacrant exclusivement une étude complète des projets *BOT*, leurs variantes et les contrats qui en découlent, souffrent d'une rareté.

C'est pour répondre à cette double préoccupation d'un travail de thèse de mémoire et la nécessité d'élaborer, un outil à la fois pédagogique et didactique, que notre étude sur les *BOT* a été faite. Dès maintenant, en tout cas, toute personne physique ou morale intéressée par la question, peut trouver dans celle-ci, un instrument de travail qui lui offre sous un volume restreint, des connaissances substantielles, requises en la matière. En raison même de l'esprit par lequel a été conçu ce travail, nous lui avons volontairement conservé son caractère élémentaire. Les indications bibliographiques, doctrinales et jurisprudentielles voire schématiques quoique fournies en abondance, ont été limitées aux quelques références sporadiques, puisées parfois dans les ouvrages,

---

<sup>3</sup> Enquête du FMI et de la BIRD prise en compte par l'assemblée générale du CNUDCI, dans ses rapports qui sanctionnaient la trente et unième session, New York, 1<sup>er</sup>-12 juin 1998.

recueils et articles qui ne consacrent pas exclusivement notre sujet, cependant riches et aisément accessibles quant aux différents degrés de problématisation. Instruit par la dialectique des fouilles-découvertes, la plupart des questions relatives au projet *BOT* auront le mérite de la clarté et des ébauches de solution actualisées dans notre travail.

Mais nous tenons comme acquis qu'un travail de recherche, si complet soit-il, ne peut se suffire à lui-même. Il ne serait notamment dispenser le lecteur de recourir à la consultation directe des sources documentaires, doctrinales et jurisprudentielles, à l'étude particulière d'un problème déterminé, ~~ne fut ce que~~ les projets *BOT* et assimilés, au dépouillement de l'actualité quotidienne. Dans ce contexte, notre ambition serait satisfaite, s'il avait simplement donné à ceux qui nous liront, le désir de compléter ou d'approfondir leur connaissance sur les projets faisant l'objet de notre analyse.

L'enrichissement de notre travail, ne se limite certes pas au niveau des points d'acquiescement de l'usager, mais également dans notre acception en toute humilité de vos critiques et vos suggestions, puisqu'il ne saurait se soustraire à l'imperfection que caractérise toute œuvre humaine.

## INTRODUCTION ET PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES PROJETS *BOT*

Les théories économiques classiques, précurseurs de la mondialisation économique actuelle, avaient prévu qu'un État favorable au développement était celui qui a su développer trois choses. D'abord des capacités de décision, afin de fixer les objectifs cohérents de développement sur le long terme<sup>4</sup>. Ensuite des capacités de légitimations : faire accepter ses objectifs par l'ensemble de la société. Enfin, des capacités de mise en œuvre de ses choix politiques.

Ces trois lois économiques du développement, avaient été observées dans l'antiquité gréco-latine, dans le cadre des contrats de concession, et réutilisées au XVIIème et XIIIème siècles pour la construction des canaux ou des ponts<sup>5</sup> en Europe, au même titre qu'en Amérique, en Afrique pharaonique ainsi qu'en Asie, surtout en Chine et au Japon. Puis le XIXème siècle fut le siècle d'or de la concession, surtout en Europe, tant pour les infrastructures ferroviaires que pour tous les équipements urbains : eau, assainissement, éclairage, transports, autoroutes et biens d'autres<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> C'est le cas des programmes étatiques favorables aux contrats internationaux de concession, en l'occurrence les *BOT* par lesquels, l'État vise comme objectif non seulement les dividendes à long terme, mais aussi le transfert de propriété des infrastructures à acquérir.

<sup>5</sup> C Walker and A J Smith in Privatized infrastructure: *The Build Operate Transfer approach*, THOMAS Telford LONDRES, 1995 p.1 et s.

<sup>6</sup> Pour connaître l'aperçu historique des contrats de concession, voir Claude MARTINAND dans *l'expérience française du financement privé des équipements publics*, Éd. ECONOMICA, 1993 dès la page 1 ; Voir aussi Gérard COHEN- JONATHAN, *Les concessions en droit international public*, thèse Paris 1966, dactyl. (ci- après COHEN JONATHAN, Concessions) pp1 et s ; Pour l'étude de l'histoire plus ou moins complète des projets *BOT*, lire C Walker and A J Smith in Privatized infrastructure : *the Build Operate Transfer approach*, Éd. Thomas Telford, précité.

A partir des années 1970, l'État se désengage du financement des infrastructures et à l'origine de ce phénomène des raisons diverses dont deux ont pu retenir notre attention : la forte croissance de la dette publique, les dépenses sociales dans les budgets nationaux d'une part et le mouvement général de privatisation de l'autre. Dès lors la relance des investissements en infrastructure<sup>7</sup> publique, nécessitait la recherche de formes alternatives de financement basées sur un partenariat public-privé<sup>8</sup>. Le recours au secteur privé devait permettre d'améliorer la section ex-ante des projets et leur contrôle grâce au rôle des banques et des bailleurs des fonds internationaux et d'augmenter l'efficacité productive. Aujourd'hui encore, face à l'extension du capitalisme et de l'économie de marché au niveau mondial, la plupart des gouvernements à l'échelle planétaire, définissent une politique économique et financière en matière de grands projets d'investissement, afin de continuer à développer les infrastructures de leurs pays, sans lesquelles il serait difficile de parler d'un véritable développement ou de croissance économique<sup>9</sup>. Ils optent très souvent pour des contrats internationaux de concession notamment la formule *Build, Operate and Transfer (BOT)* dont nous allons souligner plus tard l'originalité. Afin de permettre la faisabilité et la réalisation des projets correspondant aux contrats précités, les gouvernements doivent demeurer actifs aussi bien au stade de la préparation de l'appel d'offres national et international que des différentes étapes de celui-ci (depuis le montage jusqu'au transfert de propriété de l'infrastructure en passant par les négociations contractuelles, les phases de construction

---

<sup>7</sup> L'infrastructure comme précédemment annoncer, est un concept à pluralité de définitions en théorie économique. Par exemple celle de la Banque mondiale (World Bank 1994) se réfère aux secteurs intensifs en capital et possédant des caractéristiques de monopole naturel, autoroutes, autres moyens de transport, eau, énergie et télécommunication. D'autres approches prennent en compte des actifs intangibles comme le capital humain. De plus, une distinction peut être opérée sur la base des droits de propriété.

<sup>8</sup> Cette étude a été judicieusement menée par MARTINAND C. et al., *L'expérience française du financement privé des équipements publics*, Economica, Paris, 1993 p.1 et s.

<sup>9</sup> Certains économistes pour ne citer que Karl Marx, prônait que l'infrastructure est génératrice de la superstructure et constitue la base de l'économie. Par ailleurs le dictionnaire Robert définit les infrastructures comme l'ensemble des équipements économiques et techniques et cite l'infrastructure routière, ferroviaire, l'infrastructure touristique, hôtelière. Elles recouvrent les infrastructures portuaires, aériennes, énergétiques, etc. et donnent toutes, lieu à rémunération.

et d'exploitation), tout comme au niveau du choix sur des bases objectives du *consortium*<sup>10</sup> sélectionné.

Par ailleurs, les gouvernements concernés, doivent suivre la réalisation du projet *BOT*, au moyen d'un dialogue permanent avec la société concessionnaire ou le consortium devant construire l'infrastructure, l'exploiter, la maintenir, et conformément à la pratique internationale, ces gouvernements doivent attribuer un ensemble de garanties adaptées au projet. Pour être acceptables, les garanties gouvernementales doivent répondre à des critères rigoureux,<sup>11</sup> d'autant qu'elles constituent l'une des conditions préalables essentielles favorisant la clôture financière de tout grand projet d'investissement. Le respect de ces règles assure la viabilité d'un grand projet *BOT* et ses variantes.

Pour élargir notre champ de réflexion sur ce sujet, nous avons organisé notre analyse en *quatre temps*.

Nous allons tenter, dans une **première partie**, de cerner les schémas contractuels tout en soulignant la complexité et les enjeux liés à une telle conception. Les éléments rassemblés dans la **deuxième partie** permettront avec un souci de clarté, de passer en revue quelques questions essentielles qui peuvent affecter l'enveloppe financière. Puis chemin faisant, des interrogations relatives au montage des projets *BOT* dans les pays à

---

<sup>10</sup> Du substantif latin, ce mot désigne en jargon économique, une association ou un groupement d'entreprises, en vue d'opérations communes. Le Guide élaboré par la CNUDCI, emploie le terme « concession » pour désigner de manière générale le droit donné à une société, un consortium de projet, de construire et d'exploiter ou uniquement d'exploiter l'infrastructure publique, de faire payer pour son utilisation ou pour les services qu'elle génère. Il manque d'un sens technique qui peut lui être donné dans un système juridique ou des lois nationales particulières. CNUDCI, A/CN.444/ Add. 1, 2 mars 1998.

<sup>11</sup> Ces critères seront analysés plus en détail sous le chapitre 3 de la deuxième partie. Pour une liste des points généraux entrant dans des garanties gouvernementales, V. Roger Mc Cormick, *Project Finance Legal Aspects*, in T. H. Dowalson : Project Lending. Butterworths, 1992 No5, p.190.

instabilité politico-économique seront mises en lumière dans la **troisième partie**. La **quatrième partie**, mettra en relief la phase contentieuse, assortie d'un débat axé autour de différents thèmes actuels en droit international des investissements notamment la définition de l'investissement, la responsabilité de l'État hôte, la qualité pour agir devant le CIRDI dans le cadre d'une filiale ou un *joint venture*, enfin le contexte des intérêts composés.

# CHAPITRE I

## Définition des projets *BOT* et distinction avec les projets assimilés

### Section 1 : Approche définitionnelle

La compréhension d'une matière ou d'une science en vue d'initier une réflexion épanouie, implique à priori la détermination ou l'énonciation de ses caractères essentiels, des caractères propres à celle-ci, qui font sa définition. C'est à bon droit qu'il convient de s'interroger sur ce qu'est un projet élaboré selon la formule *build, operate and transfer* (**paragraphe 1**) avant de dégager sa nature (**paragraphe 2**) et broser sa particularité devant les projets cousins (**paragraphe 3**).

#### Paragraphe 1: Les projets *Build, Operate and Transfer (BOT)*

Selon des spécialistes<sup>12</sup>, les projets *Build, operate and transfer*<sup>13</sup> sont à la fois un ensemble d'opérations contractuelles et de génie civil, élaboré sur la base d'une concession<sup>14</sup> entre un gouvernement (ou les autorités du pays hôte) et un promoteur, un

---

<sup>12</sup> En l'occurrence les avocats au Barreau du Québec qui ont participé au mini-colloque relatif aux contrats *BOT* du 6 mai 1999 organisé par le Barreau, Éric DUFRESNE, Bernard COLAS, Louis H. Séguin, Ian DUNSKY, Alain PRUJINER ; Voir aussi BARNES N.M.L (WEARNE S. (éd.)). Financial control of construction, control of engineering projects, Thomas Telford, London, 1989 p 3 et s ; Walker A. Building the future LONGMAN, Hong Kong, 1994, FLANAGAN R. and STEVENS S. (BRANDON P.S. (ed.)), Risk analysis, in Quantity surveying techniques : new directions. BSP Professional Books, Oxford, 1990; Walker and A J Smith in Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach, Thomas Telford LONDRES 1995 p.258; AUGENBLICK, M. and SCOTT-CUSTER B. The build, operate and transfer (BOT) approach to infrastructure projects in developing countries. Working Papers, World Bank, August 1990, p 29; HODGSON P. J., BOT schemes and the lessons learned for Eastern Europe. Proc. EBRD Conf., Budapest, April 1992.

<sup>13</sup> A titre de rappel, ces projets englobent les unités industrielles et les infrastructures qui pour leur réalisation, nécessitent de lourds investissements. Il peut s'agir de centrales électriques, des usines de traitement d'eau, d'usines de liquéfaction de gaz naturel ou de regaséification, des raffineries, des autoroutes, des ponts, des tunnels ou de conduites de transport d'hydrocarbure. Ces projets nécessitent la mise en œuvre des capitaux considérables, atteindre plusieurs centaines de millions de dollars convertibles en d'autres monnaies étrangères.

<sup>14</sup> Différentes expressions sont employées pour définir ces autorisations, dans les lois nationales, et dans quelques systèmes juridiques divers types d'autorisation portent des noms différents. Les termes les plus

consortium chargé de construire une ou plusieurs de ses infrastructures publiques. En ce qui nous concerne, nous privilégions la définition du projet *BOT* contenue dans le Guide du CNUDCI<sup>15</sup>:

*On parle de projet ``construction- exploitation- transfert`` (CET) lorsque les autorités du pays hôte sélectionnent une entité privée pour financer et construire une infrastructure ou un système et accorde à cette dernière le droit de l'exploiter commercialement pour une période donnée, à la fin de laquelle l'infrastructure et le droit d'exploitation sont transférée à l'État... Dans ces projets, l'État demeure propriétaire de l'ouvrage et du terrain sur lequel il est réalisé pendant toute la durée du projet*<sup>16</sup>.

La compréhension du projet *BOT* ou *CET* implique donc un processus contractuel régissant les rapports de deux ou plusieurs entités qui ont consenti de se placer dans la dynamique du partenariat public-privé. Seulement ici l'État qui fait cette offre, ne court aucun risque financier, aucun risque d'endettement puisque dans l'esprit même de la formule *BOT*, matérialisé par les clauses au contrat, le promoteur après avoir été sélectionné, a l'obligation de construire à ses frais, une ou plusieurs infrastructures publiques locales faisant l'objet du contrat. En contrepartie le promoteur, pourra obtenir de cet État, le droit d'exploiter à son seul profit, ces infrastructures pendant une certaine

---

couramment utilisés sont notamment « concession », « franchise » ou « licence ». Dans certaines lois nationales, en particulier celles des pays du droit romain, certaines formes de projets d'infrastructure correspondent à des notions juridiques bien définies telles que « concession de travaux publics » ou « concession de services publics ».

<sup>15</sup> Dans le Guide de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial International ( CNUDCI) les projets *Build operate and transfer* ont été traduit en français et désignés sous la qualification des projets Construction –exploitation- transfert (CET), dans une acception plus large, la CNUDCI utilise dans ses travaux récents comme jargon, *Projets d'infrastructure à Financement Privé* ; V. aussi PERTCHIK M. Jonathan, *The Build, Operate and Transfer Approach to Infrastructure Development in Mexico*, Procurement Law Review No 4, 1995, p 168 et s. ; VANDOMME Laurent, « *to time, to Budget, to specification* » : L'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets *BOT*, RDAI/IBLJ, No 8, 1999, p 875 et s.

<sup>16</sup> CNUDCI, A/CN.9/444/Add.1, 2 mars 1998 parag.17.

période de temps, généralement entre dix (10), trente (30) ans et plus. Une fois cette période écoulée, la propriété des infrastructures sera transférée au gouvernement, habituellement sans compensation<sup>17</sup>. Cependant ce transfert de propriété à défaut de respecter l'accord conclu par les parties contractantes, l'État et le concessionnaire, peut engendrer comme nous le verrons dans les chapitres suivants, des sérieuses conséquences. Si le projet *BOT* est assorti d'un contrat international de concession, il convient dans l'étude qui succède de déterminer sa nature.

## Paragraphe 2 : Nature des projets *BOT*

Tout projet est assorti d'un contrat et les projets *BOT* reposent sur la concession. Celui-ci est une technique transactionnelle du commerce international, et très ancienne. En effet, jusqu'au XXes, la concession était pratiquée par les pays producteurs de pétrole et les grandes entreprises multinationales<sup>18</sup>. La naissance des contentieux dus à l'adoption par les pays en développement, de mesures de nationalisation et d'expropriation<sup>19</sup> des investissements internationaux s'effectuant sur leur territoire, durant des décennies, a permis certes le remplacement graduel des concessions traditionnelles par des nouvelles

---

<sup>17</sup> LONCLE Jean-Marc, *Grands projets d'infrastructure : le montage Build Operate and transfer (BOT)* 1997 No 8 pp 945-965 ; Howell, Larry J. et John M. Wynne, *The Anatomy of a BOT Projet : Contractor perspective*, [www.globalaid.co.uk/technolog/industrial/gla2/185.htm](http://www.globalaid.co.uk/technolog/industrial/gla2/185.htm).; MALHORTA, Anil K., *Private Participation in Infrastructure: Lessons from Asia's Power Sector*, Finance and Development, Dec. 97., p.33-37.

<sup>18</sup> A ce propos, un nombre impressionnant de sentences arbitrales rendues depuis les années 70, constituent une source d'inspiration pour les juristes qui s'intéressent au domaine pétrolier. V. Peter FISHER, éd., *A Collection of international Concessions and Related Instruments*, Contemporary Series, Londres 1976 ; Jacques LOGIE, *Les contrats pétroliers iraniens*, RBDI 1965, pp.392ss ; Consulter aussi quelques jurisprudences, *AGIP SPA c. Gouvernement de la République populaire du Congo*, du 30 novembre 1979, Rev. Crit.1982, pp. 92ss ; *Texaco Overseas Petroleum Co et California Asiatic Oil Compagny (TEXACO CALASIATIC) c. Gouvernement de la République arabe libyenne*, du 19 janvier 1977, pp 370 ss. Toujours à propos des concessions pétrolières V. Les dossiers du Canard enchaîné sur ELF, L'EMPIRE D'ESSENCE, numéro 67, avril 98 en 98 pages ; Denis BETTEMS *in les contrats entres États et entreprises étrangères*, Méta-Éditions, SA 1989 pp 27 et ss.

<sup>19</sup> La question des conditions de nationalisation ou d'expropriation a opposé farouchement les pays du Nord investisseurs et les pays du sud demandeurs des investissements. Nous reviendrons sur ce débat qui, dont les controverses ont été très animées, dans la deuxième partie de notre étude.

et qui sont des conventions de coopération plus sophistiquées, passées entre l'État producteur et les compagnies pétrolières. On observe aujourd'hui de cette rupture, une possibilité d'innovation qui se traduit par la pratique des concessions plus élaborées non seulement dans le domaine pétrolier, mais aussi sur le terrain des infrastructures de transport, de bâtiment et de l'électricité<sup>20</sup>.

Toutefois faisons observer que, la concession n'est pas l'unique technique utilisée par nature, dans les projets *BOT*. À côté de la concession, il y a la clé en main<sup>21</sup> et sa forme plus intégrée de produit en main, ont été utilisées pour la réalisation des grands projets d'industrialisation des pays en voie de développement à partir des années soixante-dix. A cette époque, la hausse du prix de pétrole a engendré un mouvement d'industrialisation rapide des producteurs qui payaient cher l'acquisition des installations industrielles. La nécessité de recycler les pétrodollars a poussé les banques occidentales à accorder aux pays vendeurs non producteurs de pétrole d'importants crédits, sans se préoccuper de leur utilisation effective. Les modes classiques de financement ont permis la construction de grands travaux d'infrastructure et d'industrialisation dans certains

---

<sup>20</sup> Voir par exemple au plan intra-canadien, l'affaire hydro-Québec c. Churchill Falls Labrador Corporation Cf. Cour suprême du Canada, « Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights reversion Act », recueil des arrêts de la, 3<sup>e</sup> cahier, 1984 Vol. 1, p. 304 et s ; André E. GADBOIS, « Les tribulations judiciaires de la mise en valeur hydroélectrique de la rivière Churchill », les cahiers de droit, faculté Laval, Québec, décembre 1981, pp. 844-847.

<sup>21</sup> L'expression clefs en main est souvent utilisée pour désigner un contrat de construction en vertu duquel un entrepreneur ou un consortium d'entreprises, est chargé d'effectuer toutes les tâches nécessaires à la réalisation de l'ensemble de l'ouvrage, c'est-à-dire le transfert de technologie, la fourniture du matériel et des matériaux, l'installation du matériel et d'autres tâches liées à la construction ( par exemple celles qui relèvent du génie civil). Il arrive quelques fois dans un contrat clefs en main soient incluses aussi la tâche de la conception pour qu'il devienne le contrat conception- construction- clefs en main. Dans cette perspective, la différence entre ces deux types de contrat se situe dans la complémentarité. Dans le contrat clefs en main, l'entrepreneur est normalement tenu de réaliser tous les travaux nécessaires pour que l'acheteur reçoive une installation prête à être mise en exploitation et il devient conception- construction- clefs en main, lorsque l'entreprise chargée de la construction est également responsable de la conception de l'infrastructure. V. FRANKLIN Steven, « Critical issues in Turnkey contracts for heavy plant », ICLR, 1990 p. 269; WESTRING Gosta, « Turnkey heavy plant contracts from the owner's point of view », ICLR, 1990.234; SCHNEIDER Michael, « Turnkey contracts: concept, liabilities, claims », ICLR, 1986.338.

pays, tandis que dans d'autres à cause de la mauvaise gestion, ils ont conduit au surendettement actuel<sup>22</sup>.

Dans sa nature, la technique du *BOT* permet d'éviter l'endettement et de stimuler la croissance qui elle seule, permettra le remboursement d'une dette qui crée des situations explosives. C'est en ce sens que les institutions du Bretton Woods, le Fonds Monétaire International (FMI) de concert avec la Banque Mondiale et bien des créanciers internationaux, continuent d'adopter le chemin par excellence des projets *BOT*, non seulement pour réduire les dettes publiques mais aussi promouvoir le développement dans le monde<sup>23</sup>. D'ailleurs à sa vingt-neuvième session, en 1996, la CNUDCI après avoir décidé d'élaborer un guide législatif concernant les projets de construction-exploitation-transfert (CET) et les types de projets apparentés, a souligné l'importance et la prise en compte de l'intérêt que les différentes formes de participation privée à des projets d'infrastructure publique, avaient suscité dans de nombreux États, en particulier dans les pays en développement. Car la mise en œuvre de tels projets permettrait de réduire sensiblement les dépenses publiques et d'affecter à d'autres fins les ressources qui auraient été investies dans les infrastructures, afin de répondre à des besoins sociaux, souvent plus pressants<sup>24</sup>. Les projets *BOT* ont une autre nature souvent inaperçue : la situation de quasi-monopole et la protection contre le droit de la concurrence dans laquelle va se trouver l'entreprise concessionnaire pendant la durée du contrat *BOT*.

L'assimilation de la nature plurielle du projet *BOT* nous conduit, à déterminer ses caractéristiques en établissant quelques dissemblances vis-à-vis des projets apparentés.

---

<sup>22</sup> FRILET Marc, *Aspects de droit international privé de la restructuration de la dette privée des États*, *Travaux du Comité français de droit international Privé*, 1988-1990, pp. 77-95 (débat inclus).

<sup>23</sup> Banque Mondiale, *Rapport sur le Développement dans le monde 1994 - une infrastructure pour le développement*, Washington 1994 ; voir en particulier le chapitre III "Soumettre les prestations d'infrastructure aux lois du marché" p.58-79.

<sup>24</sup> CNUDCI, Vingt neuvième sessions, New York, 1996.

### Paragraphe 3 : Les variantes du *BOT*

Afin de mieux cerner les enjeux liés à un projet build, operate and transfer (*BOT*), tout comme les projets apparentés<sup>25</sup> il importe a priori d'identifier ses caractéristiques ou ses différentes phases opérationnelles qui, de toute évidence sont définies par des clauses contractuelles particulières. Ensuite il faut maîtriser les concepts permettant de qualifier le projet.

En dépit des formules *Isin Then Bid* et *design & Build*<sup>26</sup> qui se définissent dans une logique de structuration contractuelle, opérationnelle, financière à la fois complexe et différente de celle des *BOT*, il est souvent question d'un lien formel, parfois substantiel, d'approximation qui s'établit entre les *BOT* et la plupart des formules apparentées<sup>27</sup>. Ce lien reçoit une dénomination en fonction du type de participation du secteur privé, du type d'opération ou du régime de propriété de l'infrastructure. Voici quelques exemples ciblés :

La formule construction-location-exploitation-transfert ou construction-bail-exploitation-transfert dans lesquels les obligations et les autres conditions généralement associées aux projets *BOT* vient s'ajouter la location par l'entité privée pendant la durée de l'accord des biens corporels sur lequel l'ouvrage est situé.

---

<sup>25</sup> Parmi lesquels, on peut citer le BOOT (build, own, operate, Transfer) le BOO (build, own, operate), le ROT (renovate, operate, transfer), le ROM (renovate, operate, maintain), Design Then Bid, Design and Build, le BTO (build- transfer- operate ), le BLT (build Lease-Transfer), le ROL (Refurbish operate-Lease).

<sup>26</sup> Ces deux sortes de projets ont reçu une analyse explicative limpide, de la part de M. Panayotis Glavinis in *Le contrat international de construction*, G.L.N Joly Éditions, 1993 pp. 268-293.

<sup>27</sup> Expression empruntée dans le guide de la CNUDCI pour qualifier les projets à financement privé, similaires au *BOT*. Voir les Documents officiels de l'assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n Y 17 (A/51/17), par. 225 à 230.

La formule construction-propriété-exploitation-transfert ou Build Own Operate Transfer (BOOT)<sup>28</sup> est adoptée dans le contexte de l'engagement d'une entité privée de financer, construire, exploiter et entretenir une infrastructure donnée en contrepartie de quoi elle est autorisée à percevoir des usagers des redevances et autres droits. Si pour les projets BOT, l'État du pays hôte demeure propriétaire de l'ouvrage et du terrain sur lequel il est réalisé pendant la durée du projet ( la société de projet ou l'entité privée ne détenant que les capitaux et le droit d'exploitation ), avec ce type de projet précité, l'entité privée devient ici propriétaire de l'ouvrage et des actifs jusqu'au transfert aux autorités du pays hôte : telle est la différence fondamentale qui à première vue paraît indispensable de signaler entre les deux types de projets. À signaler que dans les projets construction-propriété-exploitation-transfert, les parties contractantes peuvent disposer que l'entité privée sera propriétaire de l'ouvrage à titre définitif et ne sera pas tenue de le transférer aux autorités du pays hôte, auquel cas l'appellation et les obligations restent celles du projet construction-propriété-exploitation ou Build Own Operate(BOO)<sup>29</sup>.

Des variantes de ces contrats font ressortir une ou plusieurs obligations de la société de projet. Dans certains cas, l'infrastructure existante est remise aux entités privées avec charge pour elle de la moderniser, de la remettre en état, de l'exploiter et d'en assurer la maintenance à titre définitif ou pour une durée déterminée. Selon que le secteur privé est ou non, propriétaire de l'infrastructure, on parle de remise en état-exploitation-transfert ou de modernisation-exploitation-transfert dans le premier cas et de remise en état-

---

<sup>28</sup> Pour les BOOT et leurs variantes V. T. MERNA, *Realizing BOOT Contracts in developing Countries in Procured by Privately Finance Concession Contracts, Asia Laws & Practice*, 1996, vol. 2, p. 119 s.

<sup>29</sup> Pour approfondir les projets cousins au BOT, voir PERTCHIK M. Jonathan, *The Build, Operate and Transfer Approach to Infrastructure Development in Mexico*, 4 *Public Procurement Law Review* (1995) p. 170 ; GANEM Pierre-Henri, *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux*, FEC, Bruylant Bruxelles, 1998 pp. 730 et sv. Annexes; Introducing BOO/BOT concept for the Shanghai Waigaoqiao State II Project, [www.asiandevbank.org/law/bulletin/prc-2170.htm](http://www.asiandevbank.org/law/bulletin/prc-2170.htm); AUGENBLICK Mark and Scott Custer, *The Build Operate and Transfer ("BOT") Approach to infrastructure Projects in Developing Countries*, World Bank, Working Paper 498 (1990) p.2. ; T. MERNA, *Realizing BOOT Contracts in developing Countries in Procured by Privately Finance Concession Contracts, Asia Laws & Practice*, 1996, vol. 2, p. 119 s.

propriété-exploitation ou modernisation-propriété-exploitation dans le second. Quant à la formule conception-construction-financement-exploitation, elle est parfois employée pour insister sur le fait que le secteur privé est en outre chargé de concevoir l'ouvrage et d'en financer la construction.

Dans les projets construction-transfert-exploitation "CET" ou Build Transfer Operate "BTO" (à ne pas confondre surtout avec les Build, Operate Transfer (*BOT*) ou encore *CET*), l'État hôte ou son gouvernement est seulement responsable de lever de fonds nécessaires à la construction. Il les confie ensuite à des consortiums pour la réalisation de la construction de l'infrastructure. Dans cette logique, les actifs demeurent une propriété gouvernementale.

Il faut relever, toutefois que, dans un projet en *BTO*, cette responsabilité financière n'oblige pas le gouvernement à prendre une participation financière dans le projet.

Étant donné que chaque formule ci-dessus citée a des caractéristiques particulières et qu'en fonction de celles-ci, s'effectuent la réalisation de l'infrastructure et les opérations commerciales qui en découlent, les parties contractantes avant la conclusion du contrat, devrait se préoccuper d'identifier la nature des projets et les missions qui leur sont assignées. Ceci pour déterminer quel type de formule correspond à l'engagement contractuel qu'elles veulent amorcer.

**PREMIÈRE PARTIE**  
**ARCHITECTURE CONTRACTUELLE DES PROJETS**  
**BUILD OPERATE TRANSFER (*BOT*)**

Le paysage contractuel d'un projet *BOT*, correspond en premier lieu, à une forme de privatisation limitée sans vente directe des actifs. Le projet repose sur un accord principal des parties qui est la concession et la gestion du projet depuis la procédure de l'appel d'offre, jusqu'au transfert de propriété, en passant par la construction et l'exploitation de l'infrastructure, s'effectue sous certaines conditions imposées par les pouvoirs publics du pays d'implantation et sous leur contrôle<sup>30</sup>. Dans cette perspective, la concession, l'accord contractuel entre le gouvernement du pays hôte et la société concessionnaire ou un consortium de projet, sert de base à la gestion, des actifs par le promoteur privé et cela, afin de fournir un service spécifique, sur une période relativement longue de trente (30) à quatre vingt (80) voire cent (100) ans<sup>31</sup>.

Autrement dit, la concession qui est une des deux contrats clés du projet *BOT*, donne un droit (aliénable sous certaines circonstances seulement) à la société concessionnaire de construire et d'exploiter une ou plusieurs infrastructures à caractère *BOT*, et lui impose un certain nombre de conditions comme nous l'avons déjà observé, relatives à l'entretien, la construction, l'exploitation de ces infrastructures. Ce premier contrat définit les obligations de service public que le gouvernement peut imposer à la société concessionnaire et fixe la durée d'exploitation de l'infrastructure ainsi que les modalités de paiement par les utilisateurs. Mais la concession *BOT* consacre aussi des obligations de l'État hôte envers la société concessionnaire qui ne doit souffrir d'aucun manquement<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Voir le chapitre du champ d'action du secteur Public du présent travail

<sup>31</sup> La durée de la concession pour la construction du Canal Maritime de Suez en Égypte était fixée à 99 ans. V. Helmut COX in *Services Publics, Missions publiques et Régulation dans L'Union Européenne* Éd. A. PEDONE 1997, p.137

<sup>32</sup> Voir le chapitre II du présent travail sous le titre les obligations contractuelles des parties prenantes au contrat *BOT*.

*L'accord de crédit* est le deuxième contrat clé, après la concession, dans l'édifice *BOT*<sup>33</sup>. Il comprend deux éléments : les sources de financement et la couverture du risque de non-remboursement des emprunts. Outre ces deux contrats clés dans un montage contractuel *BOT*, il y a des contrats auxiliaires au-dessus de la pyramide, qui font sa complexité, et dont nous allons examiner la teneur juridique ou l'utilité. Pourquoi le montage d'ensembles contractuels des projets *BOT*, est-il complexe ? Dans le chapitre qui suivra nous tenterons d'apporter un éclairage à cette question.

---

<sup>33</sup> Voir en général, la deuxième partie du présent travail sur l'analyse des mécanismes de financement des projets *BOT*.

## **CHAPITRE I**

### **Complexité de la structure contractuelle *BOT***

Le montage contractuel d'un projet *BOT* est complexe. La complexité, d'après Monsieur Panayotis Glavanis<sup>34</sup>, est d'abord une situation de fait qui traduit à la fois une réalité, celle du marché (l'existence des missions diverses qui correspondent aux spécialisations des entreprises du secteur), et une contrainte, celle de la technique (l'incapacité d'une entreprise individuelle de mener à bien une opération complexe ou celle du maître de l'ouvrage d'en assurer seul la direction). La complexité ainsi conçue est répercutée sur l'objet et la qualification du contrat complexe. La complexité est également une situation de droit, qui se manifeste tantôt par la passation d'un contrat unique, tantôt par la mise en place d'un ensemble contractuel.

Par ailleurs, la complexité de la structure contractuelle des projets *BOT* découle du nombre des intervenants au projet. Ce qui sous-entend la pluralité des contrats sous-jacents à la concession, le contrat principal.

Il est question dans notre prochaine analyse, d'harmoniser les stipulations des contrats concourant à la réalisation de l'opération *BOT*, d'adapter un contrat aux conditions d'exécution d'un autre, d'en coordonner l'attribution et l'exécution (**Section 1**), de saisir d'autres part, la diversité des missions qui la composent (**Section 2**). Ces deux approches contractuelles sur la complexité, ne sont pas juxtaposées, mais

---

<sup>34</sup> Le contrat international de construction précité pp. 227.

complémentaires, puisque si les parties contractantes sont multiples, c'est parce que les missions à accomplir le sont également.

## **Section 1**

### **Aspect pluriel du contrat *BOT***

Avant de mener notre étude sur l'aspect pluriel du contrat *BOT*, il nous paraît nécessaire de rappeler qu'un projet *BOT* offre un panorama contractuel au sein duquel se nouent des relations à deux étages : d'une part les relations de base, qui sont régies essentiellement par la concession ou la convention *BOT*, passée entre l'entité concédante qui est l'État hôte et l'entité concessionnaire<sup>35</sup>; d'autre part en aval, les relations qui s'instaurent entre le concessionnaire et ses sous-contractants. Du coup, ce cadre contractuel du projet *BOT*, correspond à la mise en place d'un ensemble de contrats entre les acteurs du projet en général les pouvoirs publics, la société concessionnaire et/ou le consortium de projet, les prêteurs et les actionnaires, la société d'exploitation et de maintenance, les fournisseurs et les ingénieurs<sup>36</sup>.

Le lecteur trouvera ci-dessous schématisée, une vue d'ensemble d'un montage contractuel du projet *BOT*.

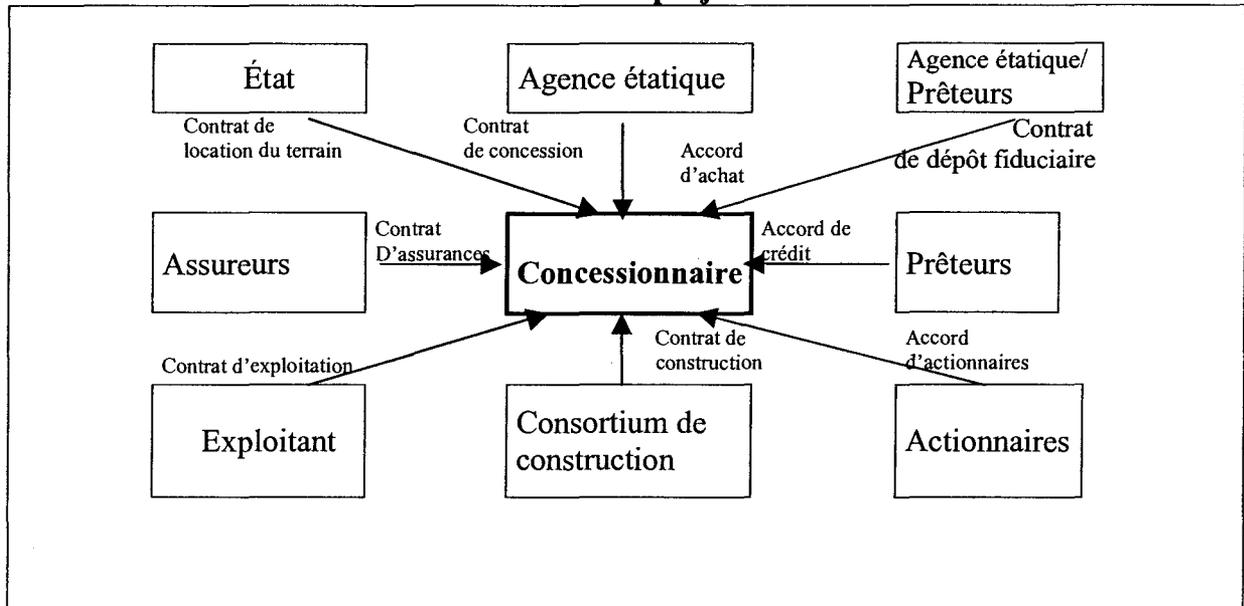
---

<sup>35</sup> BERLIN DOMINIQUE, *Le régime juridique international des accords entre États ressortissants d'autres États*, Thèses Paris I, 1981, deux tomes, 1145 ff.

<sup>36</sup> LONCLE Jean Marc, *Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, Transfer (BOT) 1997* no 8 pp 945/965 ; GANEM Pierre Henri, *Financement de grands projets internationaux : de "Laibin B" et de quelques autres projets d'énergie en Chine*, 1997 no 3 pp 413/416.

## Schéma 1

### Structure contractuelle d'un financement de projet BOT



## **Paragraphe 1 : Conclusion d'un pacte contractuel entre actionnaires une forme de joint-venture ?**

Dans le contexte *BOT* du projet, la société concessionnaire a pour associés certains promoteurs tant publics que privés notamment les investisseurs institutionnels, les petits actionnaires ainsi que, dans certains cas, le gouvernement<sup>37</sup>. De manière générale, ce contrat comprend la souscription du capital-actions<sup>38</sup> et les clauses variables relatives à la politique des dividendes. Il peut également se présenter sous forme d'un joint venture.

La notion juridique de *joint venture* fait l'objet de différentes perceptions dans les relations Nord-Sud<sup>39</sup> et Est-Ouest<sup>40</sup>. Généralement un *joint venture* en participation est un agencement d'affaires dans lequel deux ou plusieurs parties entreprennent une activité économique spécifique, ensemble<sup>41</sup>. Elle est un véhicule juridique dans les

---

<sup>37</sup> La création d'une structure commune par des promoteurs de nationalité différente en vue de faire financer, construire et exploiter un projet d'infrastructure est sans conteste une opération qui met en cause des intérêts du commerce international. Pour être efficace cette structure prend la plupart du temps la forme d'une personne morale du pays sur le territoire duquel elle opérera. Chargée par des promoteurs de faire construire l'ouvrage, les différents contrats de construction avec des entrepreneurs étrangers ou locaux en fonction du degré de développement de l'industrie locale. Cf. Jean-Luc Soulier et Carol Fox, «Creating and structuring international joint ventures in France», *IBL*, 1991 p. 427.

<sup>38</sup> Cf. par exemple, Iveco, le groupe de moteur de Yuejin, devint l'associé légal des compagnies Naveco de Nanchin, et Hangzhou Advanced Gearbox Corporation, ont signé un accord d'installer un joint-venture en participation, Haveco, dans lequel chaque associé a une part 33%. Bien que cet exemple ne concerne pas le secteur d'infrastructure, il illustre bien la souscription des associés au capital social. Haveco développera, produira et lancera des boîtes de vitesse sur le marché sous le permis d'Iveco pour la chaîne quotidienne d'Iveco des véhicules produits par Naveco. Le capital social de Haveco est de \$24, 2 millions également partagés par les trois associés. Iveco a pris sa part par des moyens financiers tandis que les deux compagnies chinoises devaient prendre leur part aux usines dédiées. La gestion industrielle fut donnée à Iveco. Au cours de la première année des affaires, en 1997, il était prévu que les boîtes de vitesse numériquement autour de 18.000 seront produites et à une cadence de 42.200 dans un délai de trois ans. De ce contrat, les véhicules quotidiens produits par Iveco sous le permis de Naveco, contenaient presque entièrement des pièces produites sur le territoire chinois. Ce joint-venture est une preuve d'engagement de l'entreprise Iveco en Chine et d'ajustement dans la politique de globalisation d'Iveco, qui vise une présence industrielle substantielle sur les marchés stratégiques, desquels la République populaire de Chine est parmi le plus significatif. Iveco in New Chinese joint venture agreement ([www :madeinfiat.com/oct96/newsj.htm](http://www.madeinfiat.com/oct96/newsj.htm))

<sup>39</sup> Consulter la réflexion, de LENIHAN R. Daniel, *Limited Liability Companies as vehicles for Joint Venture Investment in the United States*, 1994 No 7 pp 873.

<sup>40</sup> Cf. les travaux du colloque de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, *East-West joint ventures and arbitration*, 1<sup>er</sup> et 2 février 1990, Paris.

<sup>41</sup> Pour les détails de diverses formes de joint-ventures V. BELANGER Iris, *Développements Récents sur les investissements étrangers en Chine*, RDAI / IBLJ, No 3, 2000 pp.311-343.

relations commerciales avec les pays de l'Est, dont le régime juridique nécessitait l'adoption des règles spéciales, dérogoires au droit commun, pour régir la coopération avec les entreprises occidentales<sup>42</sup>. Le joint venture comme technique de l'entreprise conjointe, utilisé comme support institutionnel des activités productives, évoque un mode alternatif d'exporter, qui a progressivement remplacé, la vente dans les secteurs de l'industrie locale dont le développement entraînait l'abandon des relations purement contractuelles et le recours à des formes plus intégrées de partenariat, capables d'assurer une meilleure intégration locale du savoir-faire étranger.

La pratique des *joint ventures* ou entreprises conjointes dans les projets *BOT*, est courante. Ceux-ci se manifestent par la participation, laquelle peut être minoritaire<sup>43</sup> ou majoritaire, de deux ou plusieurs sociétés au capital social du consortium chargé du projet. Puisque par définition les projets *BOT* font appel à des capitaux étrangers, la partie étrangère est souvent majoritaire au capital-action<sup>44</sup>. Il est important que dans la structure du capital d'un contrat de *joint venture*, l'État d'accueil de l'investissement *BOT* ait au moins une participation minoritaire<sup>45</sup>, ce qui lui permet d'acquérir un droit de regard sur les affaires et de consolider l'esprit de coopération et de participation avec le partenaire étranger<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> La mise en place d'un instrument particulier de coopération avec les entreprises occidentales fut nécessaire pour surmonter les obstacles dus à la non-convertibilité de la monnaie des pays socialistes et à l'absence du statut clair des sociétés commerciales de droit privé. Cf. Wener Melis, « The concept of a joint venture and the legal context for joint ventures in CMEA countries », rapport au colloque précité, p. 2.

<sup>44</sup> Cf. par exemple, *le contract standard Vietnamien des joint venture ci-après Joint venture contract made in Hanoi, Socialist Republic of Vietnam on the day of January, 1997. L'article 5 de ce contrat prévoit la participation de 25% la partie vietnamienne contre 75% de la partie étrangère.*

<sup>45</sup> MATLOFSKY Gerald, *Land Development Joint-Ventures in Hungary: Some Legal Considerations*, 1994 No 1 pp 43/80 ; BORDE Dominique et MENG Sheng, *Les sociétés à capitaux mixtes sino-étrangers en République Populaire de Chine*, 1993 No 5 pp. 537-551.

<sup>46</sup> D'ailleurs l'importance stratégique des *joint ventures*, tout en se référant aux Ghanéens et aux autorités africaines, a été soulignée par le gouvernement Ghanéen en ces termes : « Among the advantages of joint ventures with Africans – usually African governments- are reduced requirements for external capital investment : a generally larger scale of operations : greater involvement of Africans, including involvement in management, greater exposure of Africans to Western business attitudes and methods : and

## **Paragraphe 2 : Conclusion d'un contrat d'ingénierie, de fournitures et construction entre la société de projet et une ou plusieurs entreprises spécialisées**

Le montage conventionnel d'un projet *BOT*, est aussi caractérisé par l'existence d'un contrat qui lie les divers intervenants : d'une part, la société de projet et de l'autre, les sociétés d'ingénieurs-conseils, de fournisseurs, de constructeurs et les sous-traitants<sup>47</sup>. Les termes de ce contrat sont axés sur la définition des travaux que chacune des sociétés, selon sa spécialité, va réaliser, le calendrier de construction, le prix des travaux, les modalités de participation ou non au capital social, et d'accession aux dividendes. Il prévoit, plus généralement, les termes selon lesquels le constructeur s'engage à construire une unité industrielle ou des infrastructures qui seront livrées à la société de projet dans un délai déterminé. Nous étudierons en premier lieu l'apport des ingénieurs dans l'édifice *BOT (A)* avant d'aborder celui des fournisseurs, des constructeurs et des autres entreprises spécialisées (**B**).

### **A.- Engagement contractuel des ingénieurs-Conseils.**

Approcher l'engagement contractuel des ingénieurs-conseils dans le montage des projets *BOT* ou ses variantes, c'est être en mesure de cerner leur champ d'action et les prestations qu'ils sont à même de fournir. Dans quelle mesure la possibilité de l'intervention des ingénieurs-conseils dans un projet *BOT*, s'avère-t-elle nécessaire ? Quelle est la nature des prestations qu'ils peuvent fournir, le cas échéant ?

---

*a significant reduction in the likelihood of nationalisation.* Cf. Christian HÄBERLI « *Les investissements Étrangers en Afrique* » précité, p. 274 et sv.

<sup>47</sup> BOLMIN Philippe, *Les BOT et les concessions de service public- une modalité de participation du Secteur Privé au développement des services d'infrastructures*, Mémoire en vue de l'obtention du DEA de « Droit des relations économiques internationales et Communautaires » de Paris X, novembre 1997, 176 ff., 18 annexes.

## *1.- Nécessité de l'intervention des ingénieurs – conseils.*

Les services des ingénieurs interviennent en raison de l'incompétence technique de la société de projet. Ces limites de la connaissance et de la maîtrise d'œuvre (*en topographie, design, génie civil* etc.) qu'éprouvent le concessionnaire le conduit à recourir aux services d'un ou plusieurs ingénieurs par la conclusion d'un contrat unique<sup>48</sup>. Aux termes de celui-ci, se trouve la définition de la mission globale dévolue à l'ingénieur, portant à la fois sur l'élaboration du projet et la conception détaillée de l'ouvrage. Étant donné les circonstances imprévisibles qui peuvent entourer la durée du contrat de base, les parties peuvent opter soit pour un contrat unique, soit y introduire des clauses qui permettent l'adaptation aux exigences de chaque nouvelle étape de la réalisation du projet<sup>49</sup>. Toutefois la prudence du concessionnaire dans le choix de la nature du contrat qui le lie à l'ingénieur, devrait l'amener à opter pour la technique qui consiste à passer un premier contrat dans le cadre de la conception du projet. Si le travail des ingénieurs-conseils lui donne satisfaction, le concessionnaire pourra retenir les services de la même firme pour la phase de réalisation de projet en passant avec elle un nouveau contrat portant sur la réalisation de l'ouvrage (ou de l'infrastructure), la mise en place de l'opération et la gestion du contrat<sup>50</sup>.

Le rôle de l'ingénierie dans la construction des infrastructures sur le modèle *BOT* ou ses variantes est très variable et, présente d'autres avantages. Cependant nous nous contenterons d'étudier son importance et ses effets tant au niveau des pouvoirs publics (2) du pays d'implantation du projet qu'au niveau du concessionnaire (3).

---

<sup>48</sup> SCHNEIDER Michael, « Liability of the Engineer or architect towards the constructor in Swiss law », ICLR, 1991.265; TACKABERRY J. A., « Engineers' Liability to Contractors », ICLR, 1987, p 60.

<sup>49</sup> La clause générale qui nécessite l'approbation par le maître de l'ouvrage des résultats de la phase précédente avant l'engagement de toute nouvelle étape ne suffit pas. Cette clause n'a d'autre objectif que de faire de l'achèvement satisfaisant d'une étape, la condition pour la mise en route de l'étape suivante.

<sup>50</sup> NICKLISCH Fritz, « The role of the engineer as Contract administrator and quasi-arbitrator in international Construction and civil engineering projects » ICLR, 1990 p.332.

## ***2.- La nature et l'étendue des prestations des ingénieurs-conseils dans le montage BOT, aux côtés des pouvoirs publics du pays hôte.***

Le pays hôte n'a pas seulement le rôle d'accueil des projets d'infrastructure, du fait que dans la concession *BOT*, le financement du projet incombe, dans la plupart des cas, au concessionnaire privé. Il lui est indispensable aussi de connaître avec précision les caractéristiques techniques du montage du projet et le réseau des différentes personnes morales qui y participent. Dans ces conditions, le principe de la consultation avec des experts privés ou des ingénieurs, permet aux pouvoirs publics une bonne connaissance de la nature du coût réel du projet, son adéquation aux besoins de la population à court, à moyen et long terme, et les difficultés financières liées à une sous-estimation des travaux et fournitures. Le contrat avec un consultant privé en ingénierie permet au gouvernement hôte de s'assurer que le concessionnaire réunit bien l'ensemble des compétences techniques nécessaires, d'une part à la conduite d'une opération d'investissement de grande envergure comme celle du *BOT* ou ses variantes, d'autre part à l'exploitation et à l'entretien du système sur une longue période.

## ***3.- L'étendue des engagements contractuels des ingénieurs-conseils envers le promoteur ou le concessionnaire dans les projets BOT***

Nous retiendrons deux définitions pour le concept d'ingénierie. Premièrement, l'*ingénierie* renvoie à l'ensemble des activités essentiellement intellectuelles, ayant pour objet d'optimiser l'investissement, au moyen d'interventions au niveau des processus techniques de réalisation et de la gestion<sup>51</sup>. Deuxièmement, selon une interprétation extensive, l'*ingénierie* vise les missions intellectuelles qui consistent en la prestation d'études techniques, de surveillance et de direction en vue de la réalisation d'un projet

---

<sup>51</sup> Cf. Guide des relations contractuelles dans le domaine du bâtiment, Syntec Ingénierie, février 1987, p. 5.

industriel ou de génie civil, à l'exclusion de tous travaux de construction, de toutes fournitures de matériel, de tout octroi de licence et de toutes cessions de processus de fabrication<sup>52</sup>.

Ces deux définitions déterminent, un double type de prestations que l'ingénieur s'engage à fournir dans le cadre de son contrat avec la société de projet *BOT* ou le concessionnaire : d'une part on trouve des prestations *autonomes*, par rapport au contrat de construction de l'infrastructure, comme la conception de l'ouvrage, la préparation de l'appel à la concurrence et l'assistance apportée au concessionnaire lors de la procédure du choix du constructeur et de la conclusion du contrat. D'autre part, il y a des prestations *dépendantes* du contrat de construction, comme la direction des travaux, le contrôle de la qualité des prestations du constructeur et l'administration du contrat en général. Quant à l'ingénierie, elle peut être constituée par corps professionnel, des ingénieurs-conseils, des architectes, un bureau d'étude, un *project manager*<sup>53</sup> (dans le

---

<sup>52</sup> Guide pour la rédaction de contrats internationaux d'ingénierie- conseil y compris certains aspects connexes d'assistance technique, Commission Économique pour l'Europe des Nations Unies, New York 1983, no de vente: F .83. II.E.3.

<sup>53</sup> Le *Project manager* est l'exemple le plus représentatif du bouleversement des rôles classiques des opérateurs dans l'industrie moderne de construction. Tous les nouveaux contrats- types, soucieux d'assurer une meilleure gestion de l'opération de construction au quotidien tout comme dans le domaine des infrastructures, mettent l'accent sur l'aspect *management* de cette opération, quelle que soit la modalité de dévolution des marchés choisie ou la répartition des rôles parmi les différents intervenants. Le *project management* est la mobilisation, sous l'entière responsabilité d'un seul intervenant ( ingénieur, expert, constructeur...), d'une équipe multidisciplinaire mise en place pour réaliser le projet conformément aux objectifs du client (concessionnaire, maître de l'ouvrage, promoteur public ou privé...) concernant le coût, le délai et la qualité. Cf. Justin Sweet, « The architectural profession responds to construction management and design-build: the spotlight on AIA documents », *L & CP*, 1983.72 ; Voir aussi *International Model form of Agreement client & Consulting Engineer and International General Rules of Agreement between client & Consulting Engineer for project management*, IGRA 1980 PM, publiés par la FIDIC : «The mobilization, under a single responsibility, of a multi-discipline team required to implement the project within the owner's objectives of schedule, quality and costs » ; les commentaires de Davis et Whine, peuvent être utiles dans cette étude : « how to avoid construction headaches », *Harvard Business Review*, Mars-Avril 1973 p. 87 : « The construction management concept has been touted by some of its more evangelical proponents as a major breakthrough in the history of building, but it is really not a single new discovery. Instead, it is a mixed bag of techniques and procedures, dating back to antiquity, which have fused together under the pressure of the present building crisis. The catalyst for this fusion has been the owner's determination to force the construction industry to regard a highly fragmented series of discrete decisions and events as a single process ». Voir enfin Richard Conner, « Contracting for Construction Management services », *L & CP*, 1983 p.8.

langage américain, sans entrer dans les distinctions) dont le rôle est variable et ne reflète toujours pas la réalité juridique de ses relations contractuelles avec le concessionnaire. Celles-ci sont fonctions de facteurs tels que : le degré de technicité de l'ouvrage selon la formule *BOT* ou l'une de ses variantes ; la complexité de l'opération; la capacité technique du concessionnaire, qui est maître de l'ouvrage, de suivre l'exécution des travaux sans avoir recours aux services d'un ingénieur ou en limitant ce recours ; la qualité du concessionnaire privé ou l'adjudicateur public capable d'assumer seule, par l'intermédiaire de ses services spécialisés, l'administration du contrat ; la répartition des missions de conception et d'exécution de l'infrastructure dans le respect strict des exigences de la formule (*Build-Operate-Transfer*) ; la modalité d'exécution des travaux (groupement d'entreprises ou corps consortial, sous-traitances par exemple); enfin la complexité du mode de paiement du prix (forfait, prix unitaires, *cost and fee*). Nous avons cité, grosso modo, les facteurs qui déterminent les prestations de l'ingénieur. Il a la possibilité de choisir toutefois une mission type parmi les nombreux modèles qui lui sont proposés. Il existe en définitive, et pour la plupart du temps deux missions hypothétiques des ingénieurs. Dans la première et la plus simple, l'ingénieur joue le rôle du mandataire dans l'administration du projet *BOT*, et ce, en présence d'un ou plusieurs entrepreneurs liés directement au concessionnaire ou au maître d'ouvrage. Ce qui nécessite le plus la présence d'un ingénieur dans la phase de construction, c'est sa qualité de concepteur de l'ouvrage, c'est-à-dire l'élaboration des plans et spécifications des travaux. L'ingénieur assure également le contrôle de la mise en œuvre ou en ordonne la modification<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Dans les grands projets d'infrastructures le concessionnaire est lui aussi de toute évidence, assisté d'un ou plusieurs consultants, avec qui il passe des contrats semblables à ceux qui lie le maître de l'ouvrage à ses propres consultants ou ingénieurs. Mais, contrairement à ces derniers, le rôle des premiers dans l'administration du contrat est inexistant. Ils n'engagent que le concessionnaire avec qui ils s'identifient totalement vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Celui-ci n'est pas censé les connaître. Cf. Kurt PEROLINA, «The contractor's consultant», *ICLR*, 1985. 59.

La seconde est une modalité originale de gestion et de réalisation de projet d'infrastructure, et apparaît avec une régularité croissante en matière internationale; elle permet au concessionnaire ou au maître d'ouvrage de déléguer tous ses pouvoirs (cumulatifs) relatifs à l'administration du projet à une firme d'ingénieurs-conseils, qui s'engage, aux termes d'un contrat réunissant les éléments du mandat et parfois du louage de l'opération de construction de l'infrastructure<sup>55</sup>, à faire procéder à la réalisation du projet, et en particulier : à attribuer les différents contrats de conception et d'exécution (y compris les contrats avec les firmes juridiques, les constructeurs et fournisseurs), à mettre en place l'opération et à en surveiller la réalisation. Ici le concessionnaire est déchargé de «tout souci» concernant la construction et la gestion de l'opération *BOT*, puisque ses pouvoirs sont délégués aux ingénieurs<sup>56</sup>.

Normalement ce type de contrat relève de la sous-traitance et lie l'ingénieur au concessionnaire ou promoteur, envers qui il s'engage à réaliser un projet de construction d'infrastructure, pour un prix convenu en procédant ou en faisant procéder non seulement à des opérations de génie civil ou génie mécanique, mais aussi à des opérations administratives, juridiques et financières nécessaires<sup>57</sup>.

Pour conclure cette étude synthétique sur le rôle de l'ingénierie dans la construction du projet *BOT*, nous nous permettons de constater que les arrangements contractuels du promoteur du projet ou du concessionnaire avec les ingénieurs, ne peuvent être interprétés qu'à la lumière des exigences de la réalité spécifique de ce genre de projet c'est-à-dire leur contexte financier et commercial sous réserves des autres problèmes

---

<sup>55</sup> La jurisprudence française distingue clairement le louage d'ouvrage du mandat ; cf. l'arrêt de **principe** Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 19 février 1968, D., 1968.393 ; JCP, 1968. II. 15490 ; Gaz. Pal., 1968.2144, note Doucet; *RTD civ.*, 1968.558.

<sup>56</sup> Dans l'expérience française des contrats de construction des infrastructures, il y a une pratique courante d'un *Maître de l'ouvrage délégué*. Cf. Michel Martin, « Les caractères généraux des grandes opérations », in : L'organisation des grands chantiers, Paris 1985, p.5.

<sup>57</sup> Voir Malinvaud et JESTAZ, No 499, p.389.

imprévisibles. Le traitement des autres aspects contractuels du projet *BOT*, nous oblige à proposer au lecteur préoccupé par le souci d'approfondissement de la question des rôles et pouvoirs des ingénieurs dans la construction des infrastructures à financement privé, de consulter certaines sources documentaires spécialisées sur cette question<sup>58</sup>.

Il faut cependant retenir en filigrane, comme nous l'avons certainement découvert chemin analytique faisant, que la place des ingénieurs (conseils ou honoraires) dans le montage d'un projet *BOT*, est indispensable voir incontournable. Ce qui est plus intéressant de faire remarquer, c'est que leurs tâches dans un projet complexe, fût-ce celle de la concession *BOT*, sont immenses et, de toute évidence, complexes que dans les autres formes de marché. Leur expertise s'évalue, d'une part, en fonction de leur aptitude à satisfaire l'autorité concédante lorsqu'ils reçoivent mandat des pouvoirs publics du pays hôte et, de l'autre en fonction de leur capacité à répondre aux attentes des différents partenaires au sein du consortium ou du groupement des promoteurs, voire du groupement concessionnaire. Il va s'en dire que le rôle de l'ingénierie dans le projet *BOT* change en cours de concession et dépend du repli ou non de la solidarité entre les associés de la société concessionnaire, au sein de laquelle il a une fonction de régulation des tensions internes<sup>59</sup>.

### **B.- Engagement contractuel des constructeurs et fournisseurs envers la société de projet**

Construire un projet *BOT*, s'est se lancer comme nous l'avons vu dans les études précédentes, dans l'une opération d'investissement de grande ampleur. C'est pourquoi

---

<sup>58</sup> Voir par exemple, les Guides pour la rédaction de contrats internationaux d'ingénierie- conseil, établi par la CEE de l'ONU, New York 1983 et CNUCDI; les différentes clauses des conditions FIDIC ; Les clauses du contrat IGRA.

<sup>59</sup> SEPPALA, R. Christopher, *les nouveaux modèles de contrats FIDIC, Risques, Force majeure et Résiliation*, RDAI/IBLJ, No 8, 2000 pp 1013-1033.

une société de projet consciente de ce phénomène et du grand risque commercial qu'elle court, ne pourra se réserver le droit de retenir ou d'obtenir les services des entreprises de *construction et de fourniture*. Et leurs missions peuvent être assumées séparément par deux entreprises distinctes aux termes de deux contrats séparés. Elles peuvent être également jointes, en la personne d'un seul intervenant, qui s'engage aux termes d'un contrat unique, à mettre en œuvre les plans et spécifications, qu'il aura lui-même préalablement élaboré. Comme moyen d'accession au groupe de promoteurs qui participent au montage du projet, les entreprises de construction et de fourniture participent avant tout au processus de sélection dans l'espoir de se voir attribuer les principaux contrats relatifs à la construction et à la fourniture de travaux apparentés. Toutefois elles peuvent hésiter à se joindre à d'autres promoteurs si elles n'ont pas l'assurance d'obtenir ces dits contrats.

A présent, notre examen va se diriger vers le rôle sinon l'apport des entreprises de construction et de fourniture dans le schémas contractuel du projet *BOT* (1) avant d'esquisser l'option cumulative des deux missions contractuelles (2).

### ***1.- Mission et interdépendance des entreprises de construction et de fourniture***

Afin de mieux approfondir le rôle et assimiler la mission des entreprises de fourniture et de construction dans un projet *BOT* un effort d'approcher le lien qui unit une opération de construction à celle qui relève de la fourniture des biens d'équipement est nécessaire. Les entreprises de construction et de fourniture apparaissent au niveau du montage du projet *BOT*, comme des partenaires commerciaux de la société concessionnaire, seulement dans le cas où elle n'est pas elle-même, entrepreneur de construction. De ce partenariat concessionnaire- constructeur-fournisseur, résulte une relation contractuelle

*tripartite*. Comme nous l'avons vu dans le cadre du rôle de l'ingénieur, les entreprises de construction et de fourniture participent à la réalisation de l'infrastructure chacune par le biais d'un contrat qui la lie au concessionnaire. Les liens qui unissent les deux contrats sont nombreux et leur interdépendance nécessite l'étude de la nature des missions qui leur sont assignées.

Nous allons successivement examiner la nature de la mission du constructeur **(a)** et celle du fournisseur **(b)**.

#### ***a) Nature des obligations du constructeur***

Dans l'opération de *construction*, la société concessionnaire peut confier la tâche de *construction* à une ou plusieurs entreprises, constituées en consortium, et qui sont en général chargés de la mission de concevoir, d'entreprendre des études techniques et la construction à proprement parler de l'infrastructure (ou de l'ouvrage), d'en prendre soin pendant toutes les étapes de la construction jusqu'à son achèvement<sup>60</sup>. Les soucis majeurs de l'entreprise de construction sont le respect des engagements contractuels, la fin des travaux de construction dans les délais convenus, le respect des estimations de coût initiales, ainsi que le cahier des charges. Pour accomplir leurs tâches, les entreprises de construction souhaitent donc s'assurer qu'elles disposent ou disposeront de tout ce dont elles auront besoin - ciment, carburant, acier, électricité, etc.- et qu'elles seront autorisées à importer les équipements et matériels qu'elles ne pourraient pas se procurer sur place. Les entreprises de constructions voudront avoir la possibilité d'employer la main d'œuvre locale d'où le recrutement effectué sur place par les entreprises chargées de la construction. Cependant elles sont libres d'embaucher le personnel de leur choix,

---

<sup>60</sup> RICHARD Conner, « *Contracting for construction Management Services* », *Law & Contemporary Problems*, 1983.8. ; Remy Phillipe, *Obligation de renseignements entre constructeurs d'un même ouvrage* », RTD civ., 1987. 365.

localement comme sur le plan international. Tout comme la société de projet, les entreprises de construction compteront pouvoir convertir en devises et transférer à l'étranger les recettes obtenues en monnaie locale.

***b) Nature des obligations du fournisseur***

Dans l'opération de *fourniture*, l'entreprise de fourniture s'engage à assurer la prestation de tous les services nécessaires à l'achat du matériel, aux installations de chantier de même que fournir les matériaux et équipement nécessaires à la réalisation du projet<sup>61</sup>.

Elle doit aussi fournir divers services qui comprennent notamment la négociation et la signature des commandes, l'inspection des équipements et des matériaux, l'organisation des expéditions nécessaires, la coordination de la livraison et du transport ainsi que toute inspection à l'arrivée. La mission du fournisseur se confond donc avec celle de l'ingénieur ainsi que celle du constructeur puisque dans certaines lois nationales et certains contrats, il s'engage à réaliser des études relatives à la conception de l'infrastructure avant et pendant la construction, dans certaines mesures pendant son exploitation (lorsqu'il s'agit d'une usine de distribution d'eau par exemple, le fournisseur peut continuer à pourvoir des produits de traitement d'eau ; il en est de même pour la fourniture des trains ou des wagons après la construction d'un chemin de fer, selon les besoins de la population).

Cette mission comprend l'établissement des plans et spécifications et, notamment, l'élaboration de :

---

<sup>61</sup> Les parties ont le choix de s'inspirer de la rédaction des clauses élaborées par diverses institutions notamment par la CNUDCI, FIDIC ou encore des documents de base qui ont été publiés par la C.E.E. des Nations U.N : *Conditions générales pour la fourniture à l'exportation des matériels d'équipement*, nos 188 et 574.

- tous croquis, plans et documents nécessaires à situer l'emplacement du projet ;
- tous croquis et schémas concernant la réalisation de l'infrastructure, en particulier croquis d'ingénierie, plans de construction et leurs modifications, dessins représentatifs de construction, ainsi que tous documents se rapportant à l'exécution des travaux ;
- toutes spécifications, listes et besoins en matériel d'équipement et en matériel de chantier, ainsi qu'une liste des pièces de rechange nécessaires au fonctionnement de l'infrastructure (dans le cas d'une centrale électrique par exemple) ;
- tous documents, instructions, directives, guides et manuels pour le montage, la mise à route et le fonctionnement de l'infrastructure (lorsqu'il s'agit d'une industrie ou une usine), en particulier tous les manuels techniques et de fonctionnement.

Cette énumération a nécessairement une valeur simplement indicative, car il est impossible de construire le contrat à partir de concepts préétablis. Les parties doivent donc décrire de manière précise les études techniques mises à la charge du fournisseur, indiquer les principaux documents que ce dernier, aura l'obligation de fournir ainsi que les caractéristiques auxquelles ces documents devront répondre.

## ***2) Portée harmonieuse des deux contrats***

Dans les contrats portant sur la construction et la fourniture en matière de projet d'infrastructure, on rencontre souvent des clauses qui attribuent ou non à l'entreprise la fonction cumulative des services de construction et de fourniture. Si tel est le cas, outre la clause définissant l'objet du contrat, on trouve celle qui fait la description de la mission que le constructeur-fournisseur accepte de prendre. Cet objet et cette mission cumulée doivent être précisés, car ils déterminent l'étendue de l'engagement du constructeur en tant que fournisseur aussi et sa responsabilité. Un soin particulier doit

être apporté à la rédaction de cette clause afin d'éviter toute contradiction avec d'autres parties du contrat. Une telle contradiction peut amoindrir la portée des précisions et des limites introduites dans les clauses particulières.

La pratique révèle une grande variété dans la rédaction de ces clauses dont certains confondent la description de l'objet du contrat et l'objet des obligations du fournisseur, comme dans la plupart des contrats «*clé en main*»<sup>62</sup> et «*produit en main*»<sup>63</sup>.

La remarque que nous formulons à travers ces deux contrats, est celle qui montre que les prestations relatives aux études techniques assumées par le fournisseur dans un contrat «*clé en main*» sont presque les mêmes que celles du contrat «*produit en main*». On peut toutefois noter certaines différences quant à l'étendue de l'engagement du fournisseur qui prend, dans le contrat «*produit en main*», la forme d'une garantie aux termes de laquelle ce dernier s'engage à ce que la conception de l'infrastructure soit conforme aux dernières règles de l'art ou au niveau le plus moderne de la technologie en la matière :

---

<sup>62</sup> Voici un exemple de clauses relatives au contrat «*clé en main*». Un fournisseur s'engage à fournir à l'acheteur qui est ici le concessionnaire : «*Suivant les règles de l'art et suivant les derniers développements techniques en la matière d'un projet d'infrastructure (usine, tunnel, barrage hydroélectrique, industrie textile ou alimentaire...) et assurera l'exécution de l'engineering de base et de détail, génie civil inclus, la remise à l'acheteur de la documentation technique et des plans, la fourniture des matériels, des équipements et des pièces de rechange, l'exécution du génie civil, du montage et des essais mécaniques, la mise en route, la formation du personnel de l'acheteur, les essais de garanties*», Clause citée par J.A. BOON et R. GOFFIN, *Les contrats « clé en main », Les manuels de droit et pratique du commerce international*, Masson, Paris, 1981.p. 56, par.39.

<sup>63</sup> Voici un exemple de clause relative au contrat «*produit en main*» dans lequel le constructeur est en même temps fournisseur : «*Le présent contrat définit les termes et conditions auxquels le constructeur s'engage à réaliser « produit en main », pour le compte du client (qui au terme d'un projet BOT, est le concessionnaire) qui accepte, un complexe destinée à la fabrication de (ci-après dénommé l'usine, situé à...), capable de produire, en qualité et quantité, des produits conformes aux échantillons contractuels, dans les conditions spécifiées au présent contrat. Sont définis dans le contrat et ses annexes, qui en font partie intégrante, les documents, prestations services et équipements que doit fournir le constructeur pour qu'il puisse assurer la conception, la réalisation, la mise en production, l'organisation et la gestion initiale technique de cette infrastructure (usine), ainsi que la formation professionnelle du personnel nécessaire à son exploitation*».

«Le constructeur garantit que les études et la conception générale de l'usine (infrastructure) sont conformes au niveau actuel de la technique, pour ce type d'usine.

Si le constructeur apprend, pendant la période d'exécution du contrat quelques innovations ou perfectionnement technique, il devra le faire savoir à son client (le concessionnaire dans notre cas) et lui remettre sans frais une documentation technique détaillée pour que le maître de l'ouvrage puisse décider d'entreprendre ou non les modifications correspondantes »<sup>64</sup>.

Nous venons d'esquisser là l'interdépendance des obligations et les missions cumulatives assignées au constructeur dans la mesure où il est aussi fournisseur. L'exemple de quelques clauses nous a permis de constater que le concessionnaire et le constructeur et éventuellement fournisseur, parties concernées pour ce contrat, sont libres de choisir le type de loi, une modalité contractuelle qui leur convienne et des clauses qui correspondent le mieux à leur souci : la réalisation du projet.

### **Paragraphe 3 : Conclusion d'une convention de crédit par la société du projet et ses prêteurs**

Une convention de crédit dans la perspective *BOT*, est instrument juridique qui régit les rapports contractuels entre la société concessionnaire et les principaux bailleurs de fonds. La convention de crédit autrement appelée «l'accord de crédit» permet à la société de projet de financer les investissements en infrastructure qui seront réalisés. Elle comprend deux paramètres : les *sources de financement* et la *couverture du risque de non-remboursement des emprunts*. Étant donné que ces deux éléments seront approfondis dans la deuxième partie de notre travail, que nous allons consacrer à l'analyse des mécanismes de financement des projets *BOT*, nous nous contenterons dans

---

<sup>64</sup> Clause citée par M. SALEM et M.- A. SANSON, *Les contrats « clé en main » et les contrats « produit en main »*, Université de Dijon, Litec, Paris, 1979, p. 60.

ce paragraphe, de dégager grosso modo une étude d'identification des principaux prêteurs et leur rôle.

## **Section 2**

### **Aspect bipartite du contrat *BOT***

La nature d'un contrat bipartite est celle qui se rapporte relativement à toute association de deux parties contractantes. Dans l'environnement *BOT*, le contrat bipartite est constitué par tout contrat ou sous-contrat conclu entre deux institutions ou deux entreprises. L'étude des projets *BOT* nous a permis de recenser quelques arrangements assortis des contrats qui ont un caractère bipartite dont nous proposons un bref exposé. On peut distinguer quatre principaux contrats à caractère bipartite : contrat liant les pouvoirs publics de l'État hôte et la société de projet (**paragraphe 1**) ; contrat d'exploitation et de maintenance entre la société de projet et une ou plusieurs entreprises qualifiées (**Paragraphe 2**); contrat d'approvisionnement en matières premières entre un fournisseur et la société de projet (**Paragraphe 3**) ; contrat de vente et de prestations de service (**paragraphe 4**).

#### **Paragraphe 1 : Contrat liant les pouvoirs publics de l'État hôte et la société de projet**

Ce contrat soumis à une variable terminologie<sup>65</sup>, contrat de concession ou convention *BOT*, est l'accord initial et central du projet, dans la mesure où c'est dans celui-ci que se trouvent définis et étayés les droits et obligations qui incombent aux deux principales

---

<sup>65</sup> Certains systèmes juridiques, le nomme *accord de projet* et selon le Guide de la CNUDCI, « ce terme désigne un accord conclu entre les autorités du pays hôte et les entités privées sélectionnées par lesdites autorités pour mener à bien le projet, et qui énoncent les modalités de la construction ou de la modernisation, de l'exploitation et de la maintenance de l'infrastructure. Le Guide exclut cependant, les expressions apparentées par exemple *accord de concession* ou *contrat de concession* ou *convention BOT*, Guide de la CNUDCI A/CN. 9/444/add.1 2mars 1998 parag.20. e.

parties contractantes, le gouvernement hôte et la société concessionnaire : il donne droit à la société concessionnaire de construire et d'exploiter une ou plusieurs infrastructures et lui impose un certain nombre de conditions relatives à la construction<sup>66</sup>, l'exploitation, l'entretien et la maintenance d'une ou plusieurs infrastructures. Ce contrat de concession ou *accord de projet* définit aussi les obligations de service public que le gouvernement peut imposer à la société concessionnaire et fixe la durée d'exploitation de l'infrastructure ainsi que les modalités de paiement par les utilisateurs. Il détermine éventuellement les conditions de transfert de propriété au gouvernement hôte à la fin de la durée d'exploitation.

**Paragraphe 2 : Contrat d'exploitation et de maintenance entre la société de projet et une entreprise ou plusieurs entreprises qualifiées**

La société d'exploitation et de maintenance ou de gestion, figure parmi les entreprises participatives au projet *BOT* par le biais d'un contrat qui la lie à la société concessionnaire. Dans certains systèmes juridiques, l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure peuvent être assurées par la société concessionnaire elle-même. Dans la mesure où la prestation de ces deux services est confiée à une entreprise qualifiée ou à un consortium, celui-ci se trouvera dans une situation contractuelle exceptionnelle en ce sens que l'exploitation de l'ouvrage le mettra en contact direct avec les clients et l'exposera à la vigilance du public. Il faut ajouter que, la situation exceptionnelle dans laquelle peut se trouver l'entreprise d'exploitation se justifie aussi par le fait que de toutes les entreprises avec lesquelles la société concessionnaire établit des rapports contractuels, la compagnie chargée de l'exploitation et de maintenance est celle dont la participation est la plus longue.

---

<sup>66</sup> Les projets *BOT* nécessitant souvent les capitaux privés, l'accord de projet peut consacrer notamment la responsabilité de financement du projet confiée au concessionnaire.

Le contrat d'exploitation et de maintenance ou de gestion définit les normes d'exploitation, les standards d'entretien, les coûts d'exploitation. Il permet à la société de projet de sélectionner une entreprise habilitée à fournir ces services et qui est toujours évaluée sur la base de ses qualifications et de son expérience. Sa particularité peut faire que le point de vue de cette société concernant l'évaluation des critères classiques de viabilité et de rentabilité économique et financière du projet, soit différent de celui des autres promoteurs, d'où l'intérêt du concessionnaire de s'assurer de sa collaboration dès la phase initiale du projet, en l'incluant par exemple parmi les actionnaires de la société de projet. Bon nombre de questions peuvent être soulevées par le contrat d'exploitation et de maintenance, cependant deux nous paraissent fondamentales.

La *première* consiste à s'interroger sur le cadre réglementaire d'un contrat d'exploitation et de maintenance. En d'autres termes peut-il y avoir un lien juridique direct entre le contrat d'exploitation et de maintenance et le contrat de concession qui est le contrat de base ?

Dans sa nature, ce contrat ne régit que les rapports contractuels entre la société de projet et l'entreprise des exploitants. Mais dans l'hypothèse d'inexécution par cette entreprise de ses obligations, les effets de ce manquement peuvent constituer un risque considérable pour les investissements effectués dans la mesure où la phase d'exploitation d'infrastructure dans la logique du projet *BOT* constitue la période de récupération à la fois du capital et des dividendes. Il est donc important aussi bien pour le gouvernement hôte que pour le concessionnaire de prévenir toute éventualité liée à un tel risque.

La solution à ce problème est de soumettre les résultats de la société d'exploitation et de maintenance à des normes de qualité pouvant provenir de nombreuses sources, dont la

loi nationale, l'accord de projet, le contrat d'exploitation et de maintenance ou encore les instructions ou directives générales émises par l'organisme de tutelle ou réglementaire compétent.

Par ailleurs des textes législatifs tels que la législation sur le travail ou l'environnement peuvent contenir un certain nombre d'autres conditions. Dans ces conditions, la société d'exploitation et de maintenance est censée respecter les normes de qualité conformes énoncés dans les différents textes législatifs ou conventionnels précités, en fournissant des garanties de bon fonctionnement<sup>67</sup> ou un cautionnement. Elle doit en outre établir la preuve d'une souscription à une police d'assurance adéquate, couvrant notamment les dommages, les accidents du travail, les dégâts causés à l'environnement et la responsabilité civile. Même si la société d'exploitation et de maintenance n'a pas de lien juridique direct avec les pouvoirs publics du pays d'implantation du projet *BOT*, et qu'elle dépend directement des obligations contractuelles qu'elle a à l'égard de la société de projet, elle n'est pas à l'abri de tout contentieux l'opposant aux pouvoirs publics. En effet, des litiges entre elle et l'autorité concédante peuvent naître dans l'éventualité où des nouvelles lois ou réglementations viennent à être adoptés et imposent des normes d'exploitation jugées plus strictes ou encore lorsque les pouvoirs publics exercent leur droit de contrôle.

C'est pourquoi il est important que toute société prestataire des services d'exploitation et de maintenance dans un projet *BOT* s'assure d'obtenir des garanties contractuelles de la part de la société de projet, de disposer de directives et règles de fonctionnement précises et de s'acquitter de ses tâches sans ingérence extérieure indue.

---

<sup>67</sup> La société d'exploitation et de maintenance est normalement et habituellement tenue de fournir des garanties indépendantes (ou à première demande), des garanties de bonne fin ou des obligations de garanties en contractant un régime d'assurance à multiples couvertures.

La *deuxième* interrogation à résoudre se rapporte au mécanisme de rémunération de la société de d'exploitation et de maintenance.

Les modes de rémunération de la société d'exploitation et de maintenance dans un projet *BOT*, sont divers. Ils dépendent des choix les plus avantageux convenus par les parties. Les paiements peuvent se faire sous forme de sommes forfaitaires ou selon des méthodes de coût majoré, selon lesquelles la portion variable au-delà de l'amortissement des coûts peut être soit une somme fixe soit un pourcentage du coût ou une participation aux recettes générées par le projet. Il est aussi courant d'associer plusieurs de ces modes de paiement. Du point de vue de la société de projet, les méthodes basées sur les résultats sont dans la plupart des cas préférables aux contrats à prix de revient majoré. La société concessionnaire, consciente des risques qu'elle encoure, établit de plein gré, un mécanisme de contrôle<sup>68</sup> de l'exploitation de l'infrastructure ou de l'ouvrage, autre que celui exercé par les pouvoirs publics de l'État hôte, afin de veiller à ce que les coûts d'exploitation ne s'éloignent pas des prévisions initiales. Lorsque le remboursement des coûts est plafonné, la société d'exploitation a intérêt à réduire ces coûts.

### **Paragraphe 3 : Conclusion d'un contrat d'approvisionnement en matière première entre un fournisseur et la société de projet**

L'exploitation d'un projet *BOT* nécessite des matières premières. À cet effet, la société concessionnaire, pour garantir le mouvement de non-rupture de stock et pour prévenir des abus en ce sens, conclut un contrat d'approvisionnement avec un fournisseur. Ledit contrat assure à la société concessionnaire qu'elle bénéficiera de ces matières premières sur le long terme et à des prix préétablis pendant la durée de la construction ou l'installation de l'infrastructure.

---

<sup>68</sup> Par exemple le droit de vérification, appelé techniquement les audits des comptes et examens des coûts.

#### **Paragraphe 4 : Contrat de vente et de prestations de service ou encore contrat d'achat**

Le contrat de vente et de prestation de service, également appelé «contrat d'achat» ou encore «engagement d'achat» établit un lien juridique direct entre la société concessionnaire et le gouvernement hôte ou un organe qu'il délègue à cet effet ou encore une société d'État. Un tel contrat se justifie si le gouvernement est *le seul client* pour les services produits par l'infrastructure<sup>69</sup>. Les clauses de ce contrat de vente et de prestation de service ou d'achat, très précisément, se résume à un engagement contractuel pris par les pouvoirs publics aux termes duquel ils s'engagent à utiliser, sur le long terme, une ou plusieurs infrastructures de la société concessionnaire qui font l'objet du présent contrat, à des conditions de prix préalablement fixées. Cet engagement se définit en terme d'achat des produits, si lesdites infrastructures de la société de projet sont des usines de fabrication de produits, auquel cas, la structure tarifaire (type-or-pay), mise en place reste inscrite dans le cadre de la prestation des services gouvernementaux. Si le gouvernement respecte les tarifs définis dans ce contrat, la société concessionnaire va bénéficier de revenus suffisants pour couvrir les coûts d'exploitation et rembourser la dette souscrite auprès des prêteurs et assure un retour sur investissement aux promoteurs c'est-à-dire, une rémunération suffisante du capital.

Sachant que les projets *BOT* génèrent des biens ou des services pouvant être fournis sur une base à long terme à un acheteur identifiable, des arrangements contractuels garantissant l'achat de l'ensemble ou d'une partie minimum convenue de la production de l'ouvrage peuvent contribuer à réduire les risques que des fluctuations défavorables de la demande ou des prix représentent pour la société concessionnaire. Les contrats de

---

<sup>69</sup> Lorsque l'autorité contractante ou un autre organisme gouvernemental est le seul client pour les biens et services fournis par le concessionnaire, la législation étatique ou l'accord du projet peut parfois consacrer des stipulations mettant l'État ou son organisme dans l'obligation d'acheter, sur la base d'un tarif convenu, tous les deux des services offerts par le concessionnaire.

ce type sont habituellement appelés “contrats d’enlèvement” et sont souvent, mais pas seulement, utilisés pour encourager la génération d’énergie par des producteurs indépendants. Ces contrats d’enlèvement prévoient souvent deux types de paiements : des *paiements* visant à rémunérer la mise à disposition de *la capacité de production* et des *paiements* fondés *sur la consommation* effective. Dans le cas d’un projet de génération d’électricité, par exemple, le contrat d’achat pourra prévoir les droits suivants :

*Droits de capacité* : ces droits sont dus quelle que soit la production effective pendant la période de facturation et sont fixés à un niveau suffisant pour couvrir tous les coûts fixes encourus par la société concessionnaire pour financer et exploiter la centrale, y compris le service de la dette et les autres frais financiers récurrents, les frais fixes d’exploitation et de maintenance et un certain bénéfice. Le paiement des droits de capacité est souvent subordonné à l’observation de certaines normes de performance ou de disponibilité.

*Droits de consommation* : ces droits ne sont pas censés couvrir l’intégralité des coûts fixes du concessionnaire mais plutôt rémunérer les coûts variables ou marginaux que le concessionnaire doit assumer pour générer et livrer une unité donnée du service ou du produit dont il s’agit (par Exemple un kilowatt-heure d’électricité). Les droits de consommation sont habituellement calculés de manière à couvrir les frais d’exploitation variables du concessionnaire, comme les dépenses afférentes au combustible consommé pendant l’exploitation de la centrale, les coûts de l’épuration des eaux et le coût des fournitures consommables. Les paiements variables sont souvent liés aux frais d’exploitation variables de la société concessionnaire ou à un indice reflétant assez fidèlement l’évolution des coûts d’exploitation.

- Le mécanisme de combinaison de paiements des droits de capacité et des droits de consommation est particulièrement utile du point de vue de la société concessionnaire, dans la mesure où il garantit la couverture de ses coûts tout en lui donnant le monopole de la transmission ou de la distribution des biens ou services en cause. Toutefois, les droits de capacité prévus par un contrat d'enlèvement, doivent tenir compte des autres sources de génération auxquelles peut avoir recours l'autorité contractante ou qu'elle utilise effectivement. Des droits de capacité élevés grèvent la capacité d'achat de l'autorité contractante et accroissent le risque de défaillance ou de résiliation du contrat<sup>70</sup>. Si l'on veut que des fonds soient à tout moment disponibles pour permettre à l'autorité contractante de procéder aux paiements prévus par l'accord d'enlèvement, il y a lieu de déterminer si des dispositions budgétaires appropriées doivent être prises à l'avance. Les paiements dus au titre d'un contrat d'enlèvement peuvent être garantis par les autorités du pays hôte ou par un organisme national ou international de garantie.

#### **Paragraphe 5 : Contrats de souscription aux polices d'assurance**

L'opération de financement des projets comme ceux de type *BOT*, comme nous le verrons le moment venu, comporte d'énormes risques liés à la fois à la phase de construction et à celle d'exploitation, et qui dépassent parfois les capacités de couverture de la société concessionnaire, de l'État, des bailleurs de fonds ou des autres entreprises promotrices du projet<sup>71</sup>. Voilà pourquoi il est nécessaire pour les organismes financiers ou les actionnaires de prendre des polices d'assurance complète et appropriée contre ces risques, afin d'assurer la viabilité du projet. Les prêteurs, en fonction de l'activité et du secteur d'intervention de la société concessionnaire dans le projet, détermineront quelle

---

<sup>70</sup> Par exemple pour des motifs d'intérêt public.

<sup>71</sup> BRACHET Pierre Guy, *Les problèmes d'assurance en matière de contrats internationaux*, *Dr. prat. Com. Int.*, 1984 p. 213; BUNNI Naël, *the liability and insurance clauses of the FIDIC E&M form*, ICLR, 1987 p. 189

est de leur point de vue la couverture minimum en matière d'assurances que le concessionnaire devra souscrire pour que le financement soit mis en place.

Dans un projet *BOT*, il existe toute une série d'assurances auxquelles l'autorité concédante, mais surtout les promoteurs, peuvent contracter : il faut normalement contracter une assurance-dommage couvrant les équipements et le matériel, une assurance responsabilité civile et une assurance contre les accidents du travail. Parmi les autres types d'assurance possibles on peut citer les assurances contre les pertes d'exploitation (exemple en cas de rupture d'activité), contre la rupture du *cash-flow* (exemple l'interruption des encaissements), et contre les dépassements de coût. Ces types d'assurance peuvent généralement être obtenus auprès de compagnies d'assurance privées. La difficulté apparaît souvent lorsqu'il s'agit d'une souscription à une assurance commerciale, en raison de certains cas de force majeure<sup>72</sup> (par exemple guerres, émeutes, vandalisme, tremblements de terre, cyclones etc.); dans de tels cas, il appartient à une ou plusieurs des parties de prendre les risques à leur charge. Le marché privé de l'assurance joue un rôle de plus en plus grand pour la couverture de certains types de risques politiques, tels que la dénonciation du contrat, la non-exécution par un organisme public de ses obligations contractuelles ou la mise en jeu abusive de garanties indépendantes.

D'ailleurs, il arrive parfois que les promoteurs envisagent de faire intervenir des assureurs pour couvrir le risque politique que pourrait courir leur investissement en capital dans la société concessionnaire. La contrepartie de cette couverture est habituellement pour les assureurs de demander le **nantissement** total ou partiel des

---

<sup>72</sup> Certains cas de force majeure feront l'objet d'une étude avenir dans notre travail.

actions<sup>73</sup>. Cette demande vient directement interférer avec celles des prêteurs qui souhaitent également cette sécurité pour les raisons déjà évoquées. Les assureurs mettent en avant leur capacité de négociation avec les autorités pour chercher par ce biais à établir une coopération avec les prêteurs et ainsi obtenir des droits à récupération dans le projet plus importants que ceux, auxquels ils auraient théoriquement droit. Il faut cependant avouer que la mise en place de tels accords de coopération est complexe. La position des prêteurs, sauf cas particulier, est de refuser de leur consentir des avantages dans ce domaine.

Outre les compagnies privées, des institutions financières internationales telles que la Banque Mondiale (BIRD), l'Agence multilatérale de garantie de garanties des investissements (AMGI), la Société financière internationale (SFI), les banques régionales de développement (par exemple la Banque asiatique, la Banque africaine de développement, les institutions financières islamiques) ou les organismes de crédit à l'exportation peuvent fournir des garanties contre la catégorie des risques précités.

---

<sup>73</sup> La constitution d'une sûreté sur les actions du concessionnaire soulève en principe les mêmes questions de la concession. Lorsque la concession ne peut être cédée ni dévolue à un tiers sans le consentement de l'autorité contractante, la législation interdit parfois la constitution d'une sûreté sur les actions du concessionnaire. Il convient cependant de noter que le nantissement des actions du concessionnaire est une forme de sûreté que les prêteurs utilisent fréquemment pour le financement de projets et qu'une interdiction générale de ce procédé limite inutilement les capacités qu'a la société concessionnaire de mobiliser des capitaux pour le projet. Il peut donc être souhaitable, comme pour les autres formes de sûretés, que la législation autorise les actionnaires du concessionnaire à constituer une telle sûreté, sous réserve de l'approbation préalable de l'autorité contractante, lorsque celle-ci doit également approuver la cession de parts dans la société concessionnaire. Cf. A/CN.9/458/Add.5 Trente-deuxième session, Vienne, 17 mai-4 juin 1999, p.15.

## Paragraphe 6 : Contrat de dépôt fiduciaire

Ce genre de contrat est facultatif. Les cocontractants peuvent avoir besoin du contrat de dépôt du fiduciaire, dans la mesure où il définit les modalités de gestions des comptes de dépôt<sup>74</sup>, ainsi que l'ordre de répartition des bénéfices<sup>75</sup>.

Après donc, ce tour d'horizon du panorama contractuel des projets *BOT*, nous croyons que, la capacité d'une société concessionnaire de pouvoir réussir la réalisation d'une opération *BOT*, se trouve dans sa capacité d'associer à sa pyramide contractuelle, en tenant compte de la nature et des caractéristiques du projet et des contrats qui en découlent, toutes les entreprises qui viennent de faire l'objet chacune d'un examen dans ce premier chapitre. Il est aussi fortement recommandé à la société concessionnaire d'associer à cette pyramide soit à titre consultatif, soit en tant que cocontractant, des sociétés auxiliaires composées d'experts financiers, de conseils internationaux extérieurs ou des ingénieurs-conseils<sup>76</sup>. Il peut s'agir aussi de banques d'affaires<sup>77</sup> ou d'entités

---

<sup>74</sup> INSTITUT International de droit d'expression française (IDEF), *La Fiducie ou du Trust dans les droits occidentaux francophone, actes du troisième colloque Luxembourg, numéro spécial de la Revue Juridique et politique*, mai-septembre 1990, EDIENA, pp.304-319, 345 p., annexes.

<sup>75</sup> PELTIER Frédéric, *La fiducie- Perspectives pour les banques*, in *Fiducie, Banque & Droit*, juillet-août 1990, pp. 167-171 ; Voir aussi PÉZARD Alice, *Les diverses applications de la fiducie dans la vie des affaires*, in *fiducie, cahier spécial de la Revue de droit bancaire et de la Bourse*, mai-juin 1990, pp. 108-110.

<sup>76</sup> Une société de projet avertie peut par exemple contacter les bureaux très expérimentés comme Eurotechnology Japon K. K. Étage de bâtiment de Parkwest 11<sup>ème</sup>, 6-12-1 Nishi-Shinjuku-ku, Tokyo 160-0023, Japon, Email [info@eurotechnology.com](mailto:info@eurotechnology.com) ; Michel et Stéphane ANDENMATTEN, Bureau d'Ingénieurs-conseils USIC SA, 16, rue du Scex, 1950 SION, SUISSE. Ces deux exemples ont été mentionnés, simplement parce qu'ils se sont retrouvés dans la trajectoire de nos recherches. Mais ils existent parmi tant d'autres cabinets d'experts indépendants en ingénierie et dans le monde de la finance dont la Fédération Internationale des Ingénieurs-conseils (FIDIC) Organisation non gouvernementale dont le siège est à Lausanne en Suisse, BP :86, 1000 Lausanne 12 ou encore la Firme turque du Droit international, BIRCANOGLU & BIRCANOGLU, mandataires à la loi sur les *Build-Operate-Transfer* en Turquie. [http:// www.bircanoglu.com/botlaw.html](http://www.bircanoglu.com/botlaw.html).

<sup>77</sup> Des institutions financières multilatérales comme la Banque de Développement asiatique qui dans sa politique globale de développement des pays du Sud- Est asiatique, octroie des prêts concessionnaires aux gouvernements nationaux, de ses fonds, qui sont principalement utilisés pour les travaux tels que des barrages hydroélectriques, de bâtiment ou de financement des routes. La Banque encourage également l'investissement privé dans le secteur du développement des infrastructures à grande échelle, (sous initiative des consortiums comme Greater Mekong Subregion Initiative : fact sheet) en utilisant comme modèle le *BOOT*. Voir les notes de M. Geet van der Linden, directeur de programme du service (ouest)

privées qui peuvent offrir des services consultatifs à l'État hôte dans la recherche de solutions aux problèmes juridiques, économiques, financiers et environnementaux qui se posent au cours des phases préliminaires des projets d'infrastructure. Il y a aussi un certain nombre d'organisations intergouvernementales par exemple l'Organisation des Nations unies pour le développement industriel<sup>78</sup> (ONUDI), les Commissions économiques régionales de l'ONU ou les travaux élaborés de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International<sup>79</sup> (CNUDCI), qui peuvent agir comme conseillers auprès du consortium de projet et jouer un rôle important tant au niveau du montage juridico-financier qu'à celui de l'assistance technique, dans les différentes étapes de l'élaboration des projets d'infrastructures sous la formule *BOT*. Des institutions financières internationales comme la Banque mondiale ou les Banques régionales ont des programmes spéciaux similaires dont elles se servent, pour fournir une assistance technique directement aux autorités du pays hôte ou aider ces derniers à trouver des ingénieurs-conseils et experts indépendants qualifiés.

En contractant avec ces sociétés auxiliaires précitées, une société concessionnaire expérimentée, complète généralement ses compétences techniques en s'assurant de leurs

---

ADB, à M. Eric Thorn, directeur exécutif (Australie), 28 juillet 1998, p.2. ; Coopération sous régionales asiatiques de Banque de Développement (1992), stimulant à la croissance et à la compétitivité : Possibilités initiales pour ce qui concerne le Cambodge, la province de Yunnan de la république populaire de Chine, du Laos PDR, du Myanmar, de la Thaïlande et du Vietnam : conférence sur la coopération sous régionale, Manila, 21-22 octobre 1992 ; Cie. Ltd de Padeco ; Coopération asiatique de Banque de développement (1996) dans *relever les défis dans la plus grande sous-régions et dans le Mekong*, ADB, Manila ; Assistances techniques régionales asiatiques de banques de développement : Encourager la coopération sous-régionale du Cambodge, de la province de Yunnan de la République populaire de Chine, du Laos PDR, du Myanmar, de la Thaïlande et du Vietnam –étude sous- régionales du secteur du Transport : État Final, 1994 ; Phalman., développement hydraulique de C. (1997) dans la région : questions de propriété et de commande, en produisant de la puissance et de l'argent : les rôles de l'Australie et de la Thaïlande dans les projets hydroliques au Laos, le Conseil australien pour l'aide d'outre-mer, numéro de dossier de développement ; Voir enfin l'âge (Melbourne) 8,4,96, cité en nette, A (1999) "City Link et Nam Theun 2" : Infrastructure pour le bénéfice privé, ligne de partage, Vol.5 No.1, pp 49-52.

<sup>78</sup> United Nations Industrial Development Organization, Guidelines for Infrastructure Development through *Build-Operate-Transfer (BOT) Projects*, VIENNE, ONU, 1996.

<sup>79</sup> Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international, *Projets de chapitres sur les projets d'infrastructure à financement privé*, A/CN.9/444 et suiv.

services et de leur expertise. D'ailleurs le Gouvernement hôte aussi peut se faire aider par des experts et conseillers indépendants, dans la conception des stratégies de développement des infrastructures, et dans la mise en place d'un cadre juridique et réglementaire approprié.

Il est par contre nécessaire pour la société concessionnaire, de maintenir un dialogue, avec les experts ingénieurs et conseillers indépendants jouant un rôle important aux différentes étapes de l'élaboration du projet *BOT*.

Le contrat de service avec les experts, les ingénieurs<sup>80</sup> et les conseillers extérieurs, est extrêmement utile en définitive à la société concessionnaire, mais il l'est aussi à l'égard des pouvoirs publics; les conseils et les expertises peuvent aider ces derniers à effectuer des études de faisabilité ou autres études préliminaires, à formuler des demandes de propositions ou des clauses et des spécifications contractuelles types, à évaluer et comparer les propositions ou à négocier l'accord de projet.

### **Section 3**

#### **Les enjeux liés à la structure contractuelle**

Prévisibles ou imprévisibles lors de la conclusion du contrat *BOT*, endogènes ou exogènes par rapport à la naissance des différentes relations contractuelles, *les difficultés peuvent se manifester dans toutes les phases de la vie du projet BOT*. L'appareil institutionnel mis en place pour assurer la gestion des contrats est utilisé pour gérer ces

---

<sup>80</sup> Pour mieux approfondir la question du rôle de l'ingénierie dans les projets de construction et d'exploitation des projets d'infrastructure (*BOT*), nous nous sommes basés sur les documents généraux de la FIDIC : Guide to the use of FIDIC *Conditions of contract for works of civil engineering construction*, fourth édition, FIDIC 1989 ; Tendering Procedure. *Procedure for obtaining and evaluating tenders for civil engineering contracts*, FIDIC 1982 ; *The role of the consulting Engineer in projects*, FIDIC, 1975 (reprint 1983) ; Conditions de contrat applicables aux marchés de travaux de génie civil, 4<sup>e</sup> édition, 1987 ; International model form of agreement between client & consulting engineer and International general rules of agreement between for preinvestment studies, IGRA, 1979 P.I ; Modèle de contrat de services entre client et consultant, première édition 1990, deuxième édition 1991.

difficultés. Les mécanismes de direction, de contrôle, de modification ou de suspension des travaux de construction et d'exploitation de l'infrastructure sont employés pour répondre à des crises. Mais il existe aussi des mécanismes spécifiquement juridiques de prévention, de traitement et de dénouement des difficultés contractuelles que nous examinerons dans cette section. Ces mécanismes sont de trois ordres :

Le premier est le *mécanisme du droit applicable* au contrat principal. Il est destiné à assurer la survie du contrat de concession ou des termes de l'accord du projet, au changement des données initiales au regard desquelles les parties se sont engagées **(paragraphe 1)**.

Le deuxième est le *mécanisme du droit applicable aux contrats de sous-traitances*, c'est-à-dire ceux qui lient la société concessionnaire à ses cocontractants **(paragraphe 2)**

Le troisième est le *mécanisme d'ébauche de solutions*, il permet de détecter les difficultés et de les résoudre au moment même de leur apparition, évitant ainsi qu'elles ne se transforment en litiges **(paragraphe 3)**.

### **Paragraphe 1 : Problématique du droit applicable à l'accord de projet BOT**

L'accord de projet à l'instar des autres appellations, est un instrument juridique par lequel les pouvoirs publics et la société concessionnaire conviennent de la réalisation du projet. En d'autres termes, c'est par le biais de l'accord de projet, que le gouvernement du pays de l'implantation exerce ses pouvoirs de confier à un concessionnaire la responsabilité de réaliser un projet d'infrastructure. Il définit la portée, l'objet du projet, les droits et obligations des parties et expose en détail comment le projet devra être exécuté ainsi que les conditions d'exploitation de l'ouvrage ou de prestation de services

prévus. L'accord de projet peut faire l'objet d'un document unique ou se présenter sous la forme de plusieurs accords entre l'autorité contractante et le concessionnaire. Lorsqu'il est donné la possibilité de déterminer le droit applicable à l'accord de projet surtout en matière des projets *BOT*, il est question de s'interroger sur l'existence ou l'inexistence de la corrélation intrinsèque entre l'accord de projet et la législation du pays hôte régissant ce type de projets ou de manière plus générale, la prestation de services publics.

- *Principe de base* : normalement dans l'accord de projet doit figurer le principe classique bien connu en droit de concession, selon lequel sauf disposition contraire, l'accord de projet est régi par la loi du pays hôte donc le droit local<sup>81</sup>. Par contre, les parties peuvent prévoir l'applicabilité du droit international conventionnel<sup>82</sup> en cas de litige, pour éviter la partialité des tribunaux locaux.

*Remarque* : en dépit de quelques lois nationales exceptionnelles, il est rare que les législations internes contiennent des dispositions qui régissent les accords de projet surtout en matière d'infrastructure, réalisé avec les capitaux privés. Lorsqu'elles existent, ces dispositions prévoient habituellement l'application de la législation du pays hôte au moyen d'un renvoi de caractère général au droit interne ou d'une mention des textes législatifs ou réglementaires particuliers qui s'appliquent à l'accord de projet. Dans certains pays, même en l'absence de dispositions législatives à cet effet, la législation du pays hôte est tacitement applicable.

---

<sup>81</sup> ROUX Pascal, *Le contrôle des investissements étrangers en France : règles applicables*, Revue de Droit des affaires internationales, no 1, 1995 pp. 63-71.

<sup>82</sup> Les parties peuvent consulter les dispositions prévues par la Convention de Washington relatives à la Compétence du CIRDI. Voir. OKILASSALI, *La détermination du droit applicable dans la jurisprudence du Centre International de Règlement des Différends Relatifs aux investissements* (CRDI), Thèse Paris V 2000.

Il est intéressant pour la société concessionnaire de faire une distinction globale, tout à fait utile sur les différentes branches de droit, auxquelles peut être soumis l'accord de projet dans le pays d'implantation. Même s'il n'est pas possible de dresser une liste complète de tous les textes législatifs ou réglementaires intéressant directement ou accessoirement des projets d'infrastructure à financement privé, il n'est cependant pas inutile, dans un souci de clarté, d'indiquer au concessionnaire, quelles sont les principales branches de droit *objectif* et droit *dérivé* qui s'appliquent aux projets *BOT* et ses variantes. La nécessité d'une telle distinction nous conduit à examiner trois ordres juridiques (bien qu'il y'en ait plusieurs) traditionnellement connus : les systèmes juridiques de tradition *romaniste ou germano-romanique*, les systèmes juridiques de tradition de la *Common law* et ceux relevant des autres branches de droit matériel ou dérivé par exemple, le droit de l'environnement.

- Dans les systèmes juridiques de tradition *romaniste* (comme en France) ou pays influencés par cette tradition, la prestation de services est soumise au corpus juridique du droit administratif ou au droit public général<sup>83</sup>. Ces systèmes sont fondés sur le principe que l'État peut exercer ses pouvoirs et attributions par acte ou contrat administratif, étant entendu qu'il lui est loisible de conclure des contrats de droit privé<sup>84</sup>. L'accord de projet *BOT* est donc soumis au droit administratif, qui régleme une large gamme d'attributions étatiques<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> BLANCHARD Patrick, *Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les États en Développement*, RDAI no 4/5, 1998, p. 417 à 476.

<sup>84</sup> Les obligations de l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger (*Sentence AAPL c. Sri Lanka*), AFDI 1992, pp. 501-510.

<sup>85</sup> SINKONDO Marcel H., *La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration*, Revue trimestrielle de droit civil avril-juin 1993, pp. 239-262.

Il faut aussi relever qu'en droit administratif, le principe de *l'autonomie de la volonté des parties* à un contrat privé est subordonné à l'intérêt général<sup>86</sup>. Les contrats régis par ce droit peuvent être résiliés ou leur portée modifiée pour des raisons d'intérêt public, sous réserve, en règle générale, de réparation du préjudice subi par le contractant privé<sup>87</sup>. L'État peut également avoir un droit étendu de surveillance et d'inspection ainsi que le droit de sanctionner l'exploitant privé qui manque à ses obligations. Ces droits sont souvent *tempérés* par l'obligation d'apporter au contrat les autres changements nécessaires pour rétablir l'équilibre financier initial entre les parties et pour préserver la valeur générale du contrat pour le contractant privé. Quant aux litiges découlant des contrats conclus avec l'État, ils relèvent de la compétence exclusive de tribunaux spéciaux qui connaissent exclusivement de questions administratives, tribunaux qui, dans certains pays ne font pas partie du système judiciaire.

L'application de ces règles dans le pays hôte peut être d'ordre public, par exemple les mesures concernant la protection de l'environnement, la santé et le droit du travail. Et le droit administratif des certains pays indique expressément quelles sont les questions soumises à des règles d'ordre public. Toutefois, plusieurs questions découlant de l'accord de projet ou de l'exploitation de l'ouvrage peuvent ne pas faire l'objet de règles contraignantes de droit public. Tel est habituellement le cas de la plupart des questions contractuelles découlant de l'accord de projet (par exemple, formation, validité et rupture du contrat, y compris responsabilité et indemnisation en cas de rupture de contrat et de résiliation abusive).

---

<sup>86</sup> POMMIER Jean Christophe, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international Privé conventionnel*, Economica, Paris, 1992, 382 p.

<sup>87</sup> RICHET Laurent, *Les contrats administratifs*, Collection « Connaissance du Droit », Dalloz, Paris, 1991, 117 p ; V. aussi LAUBADÈRE DE (André), VENEZIA Jean Claude, GAUDEMET Yves, *Traité de Droit administratif*, LGDJ, Paris, 1992, not. Tome I, chapitre 2, *L'exécution des contrats administratifs*, pp. 667-703. « *La formation des contrats administratifs* », et 3 « *L'exécution des contrats administratifs* », 667-703.

Dans les pays de tradition de la *common law*<sup>88</sup> et selon la doctrine des actes de puissance publique appliquée dans certains pays qui évoluent dans cette tradition juridique, l'État en sa qualité de contractant, est dégagé de ses obligations contractuelles si en sa qualité de puissance publique, il promulgue dans l'intérêt public, des lois, des décrets ou arrêtés qui l'empêchent d'honorer ses obligations. Ainsi la loi peut autoriser un organisme public à modifier des droits contractuels acquis. Habituellement, ce droit est limité, de sorte que les changements apportés au contrat ne peuvent pas être tels que l'autre partie ne puisse pas raisonnablement s'y adapter. En pareilles circonstances, la partie privée a habituellement droit à une certaine forme d'indemnisation ou de réparation équitable.

La solution prévisionnelle d'une telle éventualité, une *clause standard* concernant les changements des circonstances, est dans certains pays, incluse dans les contrats passés avec l'État, notamment le contrat de concession ou l'accord de projet, relatifs aux infrastructures, pour permettre à celui-ci de modifier par décision unilatérale les conditions du contrat ou de stipuler que le contrat pourra être modifié par un acte de puissance publique.

La question qui nous intéresse à présent est celle qui consiste à déterminer les avantages ou désavantages découlant de l'existence dans la législation interne du pays hôte, de dispositions régissant certains aspects fondamentaux de l'accord de projet.

L'*avantage juridique* que procure à un État, des dispositions législatives régissant certains aspects fondamentaux de l'accord de projet, est celui de mettre en place un cadre général de répartition des droits et des obligations entre les futures parties à la

---

<sup>88</sup> Rubin-Stanley, *the BOT, or Composition in Anglo-Saxon Law: a reassessment*, *The Journal of Legal History*, 17 Aug. 1996 p. 144-54.

convention *BOT*<sup>89</sup>. Ces dispositions peuvent avoir pour but d'uniformiser certaines questions contractuelles, et de donner des indications aux autorités gouvernementales, chargées de négocier les accords de projet aux différents niveaux de l'administration (national, provincial ou local). Elles peuvent particulièrement être utiles aux autorités contractantes qui n'ont pas l'expérience de ce genre de négociations. Certains pays peuvent aussi estimer que l'existence de prescriptions légales concernant certains éléments de l'accord peut améliorer la position de négociation de l'autorité contractante face à la société concessionnaire. Il faut, enfin, dans certains cas, qu'un texte législatif confère à l'autorité contractante le pouvoir de souscrire à certaines conditions de l'accord de projet.

Par ailleurs, si comme nous venons de le voir, les dispositions législatives préétablies, régissant les aspects fondamentaux de l'accord de projet présente un avantage évident, elles ne sont pas sans *inconséquence*. En effet, une approche législative trop détaillée sur les droits et obligations des parties peut avoir pour conséquence que l'autorité concédante et la société concessionnaire se trouvent privées de la latitude dont ils ont besoin pour négocier entre eux un accord de projet adapté aux exigences et aux particularités du projet considéré. A notre avis, il importe de limiter la portée des dispositions législatives concernant l'accord de projet au strict minimum; elles ne devraient pas aller au-delà des questions pour lesquelles il faut prévoir un texte d'habilitation, des questions mettant en cause les intérêts de tiers ou touchant des considérations fondamentales de politique générale, auxquelles il ne peut être dérogé par voie conventionnelle.

---

<sup>89</sup> FINCH- JAMES- S; VECCHI- SESTO-E, *BOT Contracts in Vietnam : regulations and guidance*, East-Asian-Executive-Reports, March 15, 1995 ; 17: No3, 6 (5).

## **Paragraphe 2 : Problématique du droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire avec ses sous-traitants**

Les relations contractuelles entre la société concessionnaire et les sous-traitants suscitent aussi des questions juridiques complexes comme nous l'avons vu avec le contrat principal du projet *BOT*. Cette complexité vient du fait que ces contrats sont de nature différente. Par exemple, le droit applicable qu'exige les prêteurs au concessionnaire dans un contrat de financement, n'est pas le même qui régit les contrats conclus par le concessionnaire avec ses sous-traitants locaux fournisseurs de matériaux. Les bailleurs de fond pour leur part, peuvent exiger un droit applicable compatible avec des principes relatifs aux transactions financières internationales alors que la société concessionnaire peut sous certaines conditions, accepter l'application du droit du pays hôte aux contrats conclus avec des clients locaux. Dans cette perspective, la question qui nous paraît intéressante est celle de savoir si dans un projet *BOT* la société concessionnaire peut jouir d'une autonomie dans ses rapports contractuels avec les sous-traitants sans intervention étatique ?

### **A.- Champ d'intervention légitime de l'action publique dans les contrats conclus entre le concessionnaire avec les autres promoteurs**

- *Principe de base* : il est constant que dans les projets d'infrastructure, la plupart des promoteurs tiennent pour acquis la tradition relative aux règles d'achat de certaines institutions financières internationales qui disposent que, *lorsque la société chargée du projet est sélectionnée à l'issue d'un appel à la concurrence acceptable par elles, la société chargée du projet ou la société concessionnaire est libre de procéder comme elle l'entend, pour se procurer les biens, travaux et services nécessaires relatifs à l'installation. Néanmoins si la société du projet n'est pas elle-même choisie à l'issue d'un appel à la concurrence acceptable par ces institutions, les biens, ouvrages et*

*services nécessaires pour l'installation doivent être obtenus à l'issue d'un appel à la concurrence*<sup>90</sup>.

La pratique internationale en matière de projet *BOT* ou ses variantes, révèle que la plupart des gouvernements s'inscrivent le plus souvent dans la dynamique de ce principe. Il va s'en dire qu'ils ne jugent pas indispensable de définir le droit qui doit s'appliquer aux contrats entre la société concessionnaire et ses cocontractants et préfèrent que cette question soit réglée par une clause définissant le droit applicable ou les règles concernant les conflits de droit.

La doctrine est allée jusqu'à soutenir les législations nationales, pour préciser le cas échéant, que les contrats passés entre la société concessionnaire et ses cocontractants sont exclusivement régis par le droit privé<sup>91</sup>. Elle soutient que les entrepreneurs-cocontractants de la société concessionnaire ne sont pas des agents de l'État et que par conséquent, celui-ci, en cas de contentieux, ne devrait pas être responsable des actes des cocontractants (ou des actionnaires) du concessionnaire. Sauf disposition contraire, l'État n'a pas l'obligation d'indemniser le personnel par exemple en cas de maladie, d'accident ou de décès lié au travail des employés des sous-contractants.

L'hypothèse de la liberté d'agir de la société de projet, qui introduit une mise à l'écart de l'action publique, y compris le pouvoir d'approbation des contrats, que la société concessionnaire a conclu avec ses sous-traitants est discutable, dans la mesure où il peut

---

<sup>90</sup> Voir par exemple, LESGUILLONS H., *Procédures de sélection d'une « société de projet »* in RDAI No 6 pp. 603 – 622 ; V. aussi. *Procédures de passation des marchés publics de fournitures, de travaux et services*, Directives 93/36/CEE, 92/37/CEE, amendées par la Directive 97/52/CE, H. LESGUILLONS, op-cit.

<sup>91</sup> Voir par exemple l'analyse de Jean SCHPIRA et LEBEN Charles dans *le droit international des affaires*, collection que sais-je? Presses universitaires de France, 5<sup>e</sup> édition corrigée : mai 1996, p 78 et s.

y avoir des situations de défaillance, des manquements des parties à leurs obligations contractuelles dont quelques-unes, recensées, méritent un examen.

### **B.- Nécessité d'une procédure d'approbation étatique à l'égard des contrats conclus entre la société concessionnaire et ses cocontractants**

L'hypothèse dans laquelle le concessionnaire et ses cocontractants sont libres de choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles a des limites à plusieurs égards. Une telle mention qui peut figurer dans l'une des clauses de l'accord du projet, peut conduire à des abus de la part des parties<sup>92</sup>. La société concessionnaire peut par exemple être confrontée à des cocontractants dont l'insolvabilité est décelée après le démarrage du projet. Il peut aussi s'agir d'une infrastructure mal construite ou de matériaux toxiques fournis par des cocontractants et qui affectent non seulement la santé mais aussi l'environnement de la population du pays hôte<sup>93</sup>. D'autres abus à prendre en considération dans ce contexte sont des actes émanant des sous-traitants, de nature à favoriser l'évasion fiscale, la corruption et la faillite.

Pour protéger la population ou l'intérêt général, la *procédure d'approbation étatique* de tous les contrats conclus par le concessionnaire et ses cocontractants s'avère nécessaire. Une telle procédure pourra figurer et être étayée dans l'accord du projet ou dans la loi nationale relative aux travaux ou services publics. Par principe le gouvernement du pays hôte ne devrait pas refuser ou rejeter la demande d'approbation des principaux contrats que la société concessionnaire est appelée à conclure avec ses propres actionnaires ou des personnes ayant un lien juridique avec elle.

---

<sup>92</sup> HUSE Joseph A., *Use of FIDIC Orange Book in the context of a BOT project*, International Construction Law Review, 13 Oct. 96 p. 434-50 ; NIELSEN Kris R. *Trends and evolving risks in design-build, BOT and BOOT projects*, International Construction Law Review, 14 Apr. 1997 p. 188-98.

<sup>93</sup> Surtout des installations destinées au public, les dispositions de cet ordre peuvent être très importantes pour l'État, particulièrement dans les pays où il est directement ou de manière résiduelle responsable envers le public des dommages ou blessures imputables à des défauts de construction du projet.

Par ailleurs, les normes internationales sur les projets d'infrastructure à financement privé et la plupart des législations nationales en la matière attribuent à l'État hôte un *droit de réserve* de l'examen d'une telle approbation étatique dans le cas où les contrats qui régissent les relations entre le concessionnaire et ses cocontractants, sont ou contiennent des dispositions incompatibles avec l'accord de projet; ils sont manifestement contraire à l'intérêt général ou aux règles impératives relevant du droit public, l'ordre public, sécurité publique et la santé publique.

Les notions d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ont jusqu'ici fait l'objet des réflexions approfondies et d'une littérature abondante<sup>94</sup>.

En matière d'infrastructure, les notions d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique peuvent avoir une signification différente dans les droits national et international, pourtant dans cette perspective, la question de droit qu'il convient de résoudre, est celle de savoir si l'État hôte est en mesure de prendre des mesures unilatérales justifiant le refus d'approuver les contrats conclus entre le concessionnaire et ses cocontractants en invoquant par exemple la notion d'ordre public ? Si tel est le cas, dans quelles circonstances, et par quels moyens légaux ?

Certaines législations internationales ont donné compétence aux États de déterminer à leur discrétion la notion d'ordre public, voire celles de sécurité publique et de santé publique. Elles leur ont donné possibilité de les insérer (ou de les transposer lorsqu'il

---

<sup>94</sup> En droit européen par exemple, ces notions n'ont pas fait l'objet d'une certaine harmonisation dans le cadre de mesures d'exécution adoptées par le Conseil. Il nous suffira ici de mentionner la directive, 64/221/CEE, du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matières de déplacement et de séjours justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ( JOCE 1964, no 56, p.850). La CJCE a maintes fois fait une interprétation parfois téléologique de ces notions, en se basant sur les principes fondamentaux du droit communautaire notamment les libertés de circulation des personnes, des capitaux, des marchandises ainsi que les prestations de services ou d'établissement.

s'agit des directives communautaires) dans leurs lois nationales. Par contre, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE), qui a longuement interprété ces notions dans divers contextes, a refusé que les notions relatives à l'ordre public, à la sécurité et la santé publique demeurent exclusivement nationales ou soient interprétées unilatéralement par les États membres de l'Union européenne :

Selon la Cour, «il convient de souligner que la notion d'ordre public dans le contexte communautaire et notamment, en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre circulation des travailleurs, doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la communauté ; qu'il n'en reste pas moins que les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité »<sup>95</sup>.

Certes, le droit ou la jurisprudence européenne précitée ne concerne pas les contrats qui font l'objet de notre étude<sup>96</sup>, il faut cependant relever que les contrats conclus entre le concessionnaire et ses cocontractants touchent des domaines comme par exemple la prestation de service (l'emploi), l'inexécution par le constructeur de ses obligations ou l'utilisation par lui des matériaux jugés toxiques<sup>97</sup> et non-conformes aux normes de qualité prévues par la réglementation du pays hôte qui peuvent affecter à la fois la santé de la population et l'environnement. Voilà pourquoi l'État hôte peut, dans la mesure du possible, substituer le principe de la liberté d'agir, dévolu au concessionnaire, par

---

<sup>95</sup> Arrêt Yvonne Van Duyn c. Home office, Aff. 41/74, Rec. , 1974, p.1337.

<sup>96</sup> L'article 2 paragraphe 2 de la Directive du Conseil 64/221/CEE, du 25 février 1964 précitée dispose que les raisons d'ordre public ne peuvent être évoquées à des fins économiques.

<sup>97</sup> Certains matériaux de construction par exemple sont faits sur la base de l'amiante ou d'autres produits toxiques, matériaux ou leur utilisation que certaines législations nationales considèrent comme dangereux pour la santé de la population.

l'obligation de respecter la réglementation locale ou les règles locales d'application immédiate relatives à l'ordre public, à la sécurité et à la santé publique.

Il faut préciser, en outre, que lorsqu'un pays prévoit la soumission des litiges qui naissent d'une construction d'infrastructure à caractère *BOT* au droit international, les règles d'application immédiate relatives à l'ordre public peuvent heurter des clauses relatives au droit applicable choisies par certains cocontractants. En effet, s'agissant des accords de financement conclus par la société concessionnaire par exemple, les prêteurs exigent que le droit applicable soit vraisemblablement celui d'un pays où il existe un cadre juridique établi concernant les transactions financières internationales<sup>98</sup>. Au fil des temps les prêteurs, pour ne citer que la Banque mondiale, ont inauguré l'habitude d'analyser l'accord ou le contrat de projet *BOT* ou encore les contrats apparentés, au regard du cadre juridique dans lequel s'inscrit ce type de projet. Ils prennent le soin d'examiner attentivement les principaux textes applicables au projet, qui sont comme cela a été mentionné plus haut, la loi applicable au secteur et ses réglementations annexes, le droit commercial ou le droit administratif et le cas échéant, les textes relatifs aux privatisations.

Le droit constitutionnel du pays concerné, doit parfois être examiné lorsque le contenu des autorisations administratives pose des difficultés au chapitre de la répartition des pouvoirs. Différents textes, avis interprétation, n'ayant pas force de loi, pris par les autorités chargées de réguler le projet concerné sont souvent également à prendre en

---

<sup>98</sup> Ayant la maîtrise de toutes les appellations, licence, convention *BOT*, contrat de concession ou conventions spécifiques signées par les pouvoirs publics du pays hôte, les prêteurs traditionnels avant de débloquent les capitaux, examinent minutieusement l'accord ou contrat de projet et notamment les avantages confère non seulement le droit applicable choisi par les parties, mais aussi tous les textes législatifs et réglementaires qui concourent à la réalisation du projet. Pascal GRANGEREAU, « Les projets privés d'infrastructures dans les pays émergents – L'approche des prêteurs » RDAI/IBLJ, No 2 2001 p. 118.

compte car ils peuvent avoir un impact sur le fonctionnement et le développement du projet *BOT*.

Après évaluation, les prêteurs déterminent si le cadre juridique est imprécis, s'il correspond aux exigences requises dans les transactions financières internationales. Lorsque le cadre juridique est jugé inadéquat, il peut conduire à une remise en cause du montage de l'ensemble du projet en raison de l'insécurité juridique qu'il entraîne<sup>99</sup>. Certains prêteurs souhaiteront donc que le caractère réglementaire ou législatif des autorisations soit clarifié avec éventuellement de nouvelles décisions prises au niveau des autorités compétentes et, lorsque cela est possible, que l'accord de projet comporte des précisions complémentaires.

Il faut faire remarquer ici que les conditions juridiques imposées par les prêteurs peuvent rendre *inapplicable* les dérogations relatives à l'ordre, la sécurité et la santé que comportent les lois impératives étatiques.

Un autre cas de figure de difficultés qui peuvent limiter l'autorité du droit étatique est le choix du droit applicable aux contrats de fourniture de matériel et autres contrats conclus avec des sociétés étrangères<sup>100</sup>. En effet, en dépit des règles impératives du droit national, les fournisseurs et autres promoteurs souhaiteront sans doute choisir un droit qui offre, par exemple, un régime de garantie satisfaisant en cas de panne ou de vice du matériel tandis que la société concessionnaire pourra accepter à son tour l'application du droit du pays hôte aux contrats conclus avec des clients locaux.

---

<sup>99</sup> SCRIVEN John, *Banking perspective on Construction risks in BOT schemes, Build Operate and Transfer, government-garanted concession to operate a facility for a fixed period of time, United Kingdom*, The International Construction Law review, No 3 july 1994, 313-329.

<sup>100</sup> NICKLISCH Fritz, *The BOT model – the contractor's role as builder- contract structure, risk allocation and risk management*, The international Construction Law Review, Oct 1992, 9 No 4, 425-432.

Le projet *BOT*, qu'il soit soumis au droit administratif ou qu'il le soit à la *common law*, nécessite une bonne coordination du droit étatique et des clauses qui figurent dans l'accord du projet, convenues par les parties. Malgré le fait que les deux systèmes juridiques précités justifient les prérogatives spéciales dont sont investis les organismes étatiques pour des considérations générales, certains pays réussissent le passage de la coordination à l'harmonisation du droit national et les dispositions universellement reconnues pour ce type de projet. D'autres pays, en raison du degré de réticence qui les anime devant le mouvement de libéralisation des marchés publics, préfèrent une adaptation en ce sens, question de conserver certains pouvoirs y compris celui de modifier même de façon unilatérale les termes du contrat<sup>101</sup>. Toutefois, il est généralement admis que ces pouvoirs ou prérogatives spéciales de l'État, et en particulier le pouvoir de modifier par décision unilatérale les conditions d'un contrat issu du projet *BOT*, risquent, si elles sont abusivement invoquées, d'affecter les droits acquis de ses cocontractants.

Certains pays où la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure est une tradition bien établie ont mis en place une série de mécanismes de contrôle et de recours pour protéger les cocontractants d'organismes publics contre tout acte arbitraire ou irrégulier de la part de ces derniers<sup>102</sup>. Lorsqu'une telle protection n'existe pas, l'investisseur potentiel risque de voir dans les règles juridiques qui confèrent des prérogatives spéciales aux organismes publics, un risque impondérable qui peut le décourager. Aussi les pays qui voudraient se lancer dans le domaine des projets d'infrastructure devraient avoir la certitude que leurs législations concernant les marchés

---

<sup>101</sup> ROESSER Pauline, le Droit des hydrocarbures en Russie ou le dédale des textes, 1996 No5 pp 625-643 ; GANEM Pierre Henri, Financement de grands projets internationaux : grands projets dans le bassin méditerranéen, 1997 No 1 pp 137-140.

<sup>102</sup> Par exemple en créant des organes impartiaux de règlement des différends et en prévoyant une indemnisation intégrale en cas d'abus de pouvoir. V. FRILET Marc, Some universal issues in BOT projects for public infrastructures, *International Construction Law Review*, 14 No4, Oct 1997 p. 513-24.

publics garantissent la protection indispensable pour encourager l'investissement privé et si tel n'est pas le cas, abroger les dispositions qui risquent de faire naître des doutes quant à la stabilité contractuelle à long terme indispensable à la réalisation du projet *BOT*.

### **Paragraphe 3 : Ébauche des solutions dans l'accord de projet, hors tribunal**

Les parties contractantes d'un projet *BOT* ou d'un projet apparenté au *BOT* peuvent éviter une réadaptation continue du contrat par le biais de l'**accord de projet comme document contractuel central**. Dans ce contexte il n'est pas surprenant que les négociations des parties, qui précèdent la conclusion de l'accord de projet puisse se poursuivre des mois durant. Les solutions que comporte l'accord de projet sont de deux ordres : l'ordre juridique (particulièrement contractuel) **(A)** et l'ordre financier **(B)**.

#### **A.- Enjeux relatifs au montage juridique**

L'installation du projet *BOT* nécessite une convergence des différentes branches de droit qui impliquent les responsabilités respectives des intervenants au contrat : droit des investissements, droit des sociétés, droit des sûretés, droit de l'insolvabilité ou de la faillite, droit fiscal, droit de l'environnement, droit des relations économiques internationales, droit des contrats, règles applicables aux marchés publics et au droit administratif, droit de la propriété intellectuelle, droit relatif à la protection des consommateurs. La connexité de tous ces droits montre l'ampleur des questions juridiques qui doivent être élucidées et traitées à des degrés variés dans l'accord de projet. Déjà, il faut déterminer par exemple, le statut juridique du concessionnaire et des sous-traitants, le droit applicable, les servitudes, les conditions de la sélection du

consortium, de la cession de la concession et de la cessibilité des actions de la société concessionnaire<sup>103</sup>.

On pourrait aussi se demander dans quelle mesure chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité, le régime indemnitaire et ses montants si la responsabilité est déterminée, les conditions de résiliation de la concession. L'accord de projet devrait aussi indiquer les critères selon lesquels devront s'effectuer le transfert d'actifs à l'autorité contractante ou d'un concessionnaire défaillant à un nouveau concessionnaire. Enfin, il devrait prévoir les mécanismes de règlement des différends.

Outre la difficulté de construire la convergence des différentes branches de droit et les règles imposées par les bailleurs de fond, l'un des plus grands enjeux de la structure contractuelle réside d'une part, dans la capacité des pouvoirs publics du pays de l'accueil du projet, de modifier indirectement les termes de la convention BOT à travers des lois et règlements qu'elles adopteront après la conclusion de cette entente, d'autre part, le changement inopportun des politiques internes du pays hôte. Ces éventualités peuvent être contournées en prévoyant des mécanismes de protection contractuels à long terme tels que des clauses de fixité des règles contractuelles, mais aussi leur flexibilité dans des situations exceptionnelles ; les clauses de non-tranfert de la licence BOT à un tiers; les clauses de force majeure, en prenant le soin d'inclure une distinction entre des événements de force majeure politique et des événements de force majeure naturelle.

---

<sup>103</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Projets de chapitres sur les projets d'infrastructure à financement privé, A/CN.9/444 et suivants.

## **B.- Enjeux relatifs au montage juridico-financier**

L'accord de projet doit relater les modes et conditions de financement du *projet BOT* : il peut s'agir de crédits commerciaux, de prêts subordonnés, la prise de participation au capital, l'association de fonds publics et privés, d'organismes de crédit à l'exportation, de fonds provenant des marchés financiers, des institutions financières internationales ou des institutions financières islamiques qui ont leurs propres règles de crédit. L'un des grands enjeux financiers est le respect, surtout la correspondance ou l'adaptabilité de ces règles (qui grignotent parfois la souveraineté économique nationale) avec les termes de l'accord de projet ainsi qu'avec le droit constitutionnel du pays d'implantation du projet.

## **CHAPITRE II**

### **Les obligations contractuelles des parties prenantes au contrat *BOT***

#### **Section 1**

#### **Marge de l'intervention des pouvoirs publics du pays hôte**

Étant donné leur rentabilité financière limitée et différée, les projets *BOT* ne peuvent parfois pas être financés totalement par des capitaux privés. Les revenus d'exploitation ne sont pas la plupart du temps suffisants pour le remboursement des emprunts dans des périodes d'amortissement désirées par les financiers privés. Évidemment, il est encore plus difficile de rassembler des fonds propres privés. La longue période de construction et la priorité de remboursement des emprunts empêchent de distribuer un dividende avant de nombreuses années. Or, le financement totalement privé de soutien est souvent très rare. Il ne s'applique qu'à des types de projets *BOT* ou ses variantes à rentabilité très élevée permettant un amortissement rapide. De tels cas sont très peu courants. C'est souvent un partenariat à base de capitaux publics et privés qui peut résoudre le problème. L'intervention de l'État est généralement nécessaire et peut prendre différentes formes selon le projet : les autorisations administratives, l'octroi des terrains, différentes subventions, exonérations fiscales, fourniture gratuite de l'électricité et d'eau etc.

#### **Paragraphe 1 : Motifs raisonnables justifiant cette intervention étatique**

Nous nous sommes efforcés dans les chapitres précédents de démontrer que le montage d'un projet *BOT* se fait dans le cadre d'un partenariat public/privé, et qu'il serait absurde

que l'État hôte puisse assister passivement à un grand investissement qui s'effectue dans le périmètre de son ordre juridique. Seulement, à la base de l'action gouvernementale se trouvent deux justifications: la présence d'*externalités* et l'existence d'*imperfections* sur le marché des capitaux. La première raison révèle que le développement des infrastructures est une source d'*externalités* positives qui crée un écart entre le taux de rendement social et privé du projet. Dans ces conditions, une solution publique pour tenir compte des *externalités* et subventionner un projet d'infrastructure. La seconde, est liée à l'absence de marché permettant une allocation optimale des risques. L'existence d'*imperfections* sur le marché des capitaux, liés aux asymétries d'information et des coûts de transaction, conduit à un rationnement du crédit et à des taux d'intérêt plus élevés pour les investisseurs privés<sup>104</sup>. La propriété publique peut donc être préférable pour internaliser la différence entre les taux d'intérêt privé et public.

## **Paragraphe 2 : Contrat *BOT* et la mise en jeu de la souveraineté étatique**

La problématique de la souveraineté d'un pays était restée longtemps monopole des réflexions nourries du droit international public. Au fil des temps, les effets de cette notion se sont fait sentir dans le domaine des relations économiques internationales, et précisément le domaine des investissements. Au niveau du droit international le principe de souveraineté est souvent dans une situation antinomique avec le principe plus ou moins récent de l'élimination des entraves à la libre circulation des investissements. Si le droit international prime sur le droit national, le principe de l'élimination des obstacles à la liberté de circulation des investissements permet-il d'écarter la souveraineté d'un État? Il importe d'étudier la portée du principe de souveraineté (A) avant de déterminer dans quel contexte l'État peut l'évoquer dans un contrat *BOT* (B).

---

<sup>104</sup> Stiglitz J. & Weiss A. in *Credit rationing in markets with imperfect information*, American Economic Review, 71 (1981) pp393-411

## A.- la portée du principe de souveraineté

Le principe de souveraineté étatique est souvent évoqué aussi bien en droit international public qu'en droit constitutionnel au niveau national. La résonance juridique que revêt ce principe et qui n'est pas rejetée par la plupart des textes du droit international, s'établit dans le cadre d'une évidence qui a l'apparence d'un syllogisme : tout État est souverain et parce qu'il est souverain, il détermine librement sa politique économique et organise librement son espace économique. Par la suite il définit la politique qu'il entend suivre, tant vis-à-vis des opérations d'investissement qu'envisagent ses nationaux en territoire étranger, que vis-à-vis des opérations d'investissement qu'envisagent les étrangers sur son territoire national, et qu'il s'agisse d'opérations de constitution ou d'opération de liquidation<sup>105</sup>.

## B.- Contexte approprié pour évoquer le principe de souveraineté en l'espèce

Le principe de souveraineté est limité en matière de contrat *BOT*. En souscrivant aux clauses d'un tel contrat, l'État du pays d'implantation du projet, accueille en même temps, l'obligation de respecter et d'exécuter ses engagements de confier la construction et l'exploitation d'une ou plusieurs infrastructures aux sociétés étrangères. Partant de là, il transfère une partie ou la totalité de *sa souveraineté économique* au secteur privé étranger. L'État hôte doit tirer les conséquences d'un tel transfert de sa souveraineté. La pratique révèle que certains pays émergents, surtout à monoculture ou victimes

---

<sup>105</sup> Bien évidemment, l'exercice de ses compétences par l'État souverain doit respecter, en l'absence de tout instrument conventionnel, les principes et règles du droit international coutumier. Ces principes et règles sont au demeurant, peu nombreux et présentent un caractère prohibitif plus un caractère permissif. A cet égard, on peut soutenir que, d'après le droit international coutumier, la capacité que possède l'État souverain d'édicter des normes juridiques est virtuellement illimitée, dès lors qu'elle se fonde soit sur le chef de compétence tiré de la territorialité, soit sur le chef de compétence tiré de la nationalité. Par suite, l'État souverain pourrait valablement édicter des normes juridiques qui seraient destinées à régir le comportement des personnes physiques ou morales en dehors de son territoire, dès lors que ces personnes physiques ou morales se rattacheront à lui par le lien de nationalité. En revanche, l'État souverain ne saurait utiliser la contrainte en vue de mettre en œuvre, sur le territoire d'un autre État souverain, la norme juridique qu'il a édictée et qu'il prétend appliquer en dehors des limites de son territoire national.

d'instabilité politique, n'arrivent pas toujours à honorer leurs obligations contractuelles ou conventionnelles et aboutissent à des actes d'expropriation, de nationalisation ou de confiscation pour faire face aux revendications sociales, en invoquant leur souveraineté. L'investissement étranger en plus des risques politiques traditionnels dont le concessionnaire recherche la couverture, court à ce moment là, le *risque de souveraineté* (Sovereignty Risk). Comment s'en prémunir ?

L'investisseur étranger devrait demander à ces pays des garanties de long terme, au minimum sur les aspects ci-dessous : absence de concurrence à l'encontre de l'infrastructure concédée, au moins pendant la phase de décollage du projet, maintien de la liberté de circulation, liberté tarifaire, stabilité du cadre juridique et fiscal, force majeure, disponibilité d'entrants (pétrole, gaz, matières premières, personnels expatriés etc.), reprise de la production, sûreté du mécanisme de change (taux, conversion et transfert – y compris moratoire.); mécanismes de résiliation et d'indemnisation, offrant aux concessionnaires et aux prêteurs la sécurité et la juste indemnisation de l'ouvrage restitué à la collectivité concédante.

### **Paragraphe 3 : L'obligation étatique de suivi et de contrôle de la société de projet**

Après approbation du projet de construction de l'infrastructure, la loi du pays d'implantation prévoit souvent une surveillance continue des pouvoirs publics pendant toute la phase de construction. Les projets *BOT* sont importants pour le pays hôte et que ce sont les pouvoirs publics qui sont définitivement responsables de la qualité des services fournis au public; Par conséquent, il est probable qu'ils veuillent conserver les droits d'inspection, de surveillance de la construction et de l'exploitation du projet. Ce

qui nous intéresse, c'est le pluralisme des mécanismes d'application de ces droits. A cette question, diverses approches sont en effet possibles.

D'abord, certaines lois comprennent des dispositions établissant un droit général de contrôle de l'État et chargent par conséquent, les représentants de l'État<sup>106</sup> d'effectuer des inspections, définissent les pouvoirs qui leur sont impartis et décrivent en détail les modalités de ces inspections. Ces lois nationales vont même jusqu'à préciser, par exemple, divers droits tels que celui d'avoir accès à tous les documents et livres, celui de pénétrer sur la propriété du concessionnaire ou d'obtenir de ce dernier des rapports périodiques<sup>107</sup>. La conséquence de l'inexécution de cette obligation expose la société concessionnaire à des amendes ou d'autres sanctions financières. Par ailleurs, on peut dans certains cas, juger utile d'exiger de la société qui est chargée du projet *BOT*, qu'elle nomme un directeur de projet indépendant par lequel transitent toutes les communications avec l'entité gouvernementale compétente. Ensuite, la société concessionnaire peut rencontrer une loi nationale qui ne traitent que de ces pouvoirs d'inspection et de surveillance qu'en termes généraux et prévoient que les modalités correspondantes, doivent être définies dans l'accord de projet<sup>108</sup>. Il y a enfin, des lois nationales qui disposent que l'État doit détenir une action à droits particuliers (*golden share*) dans la société concessionnaire lui permettant d'opposer son veto à certaines décisions, telles que la modification de la structure du capital ou les transferts d'actions.

---

<sup>106</sup> Afin de faciliter les rapports entre l'autorité concédante et la société chargée du projet, ces lois exigent parfois que l'État désigne un responsable qui assume les fonctions de surveillance et indique quel organe gouvernemental est chargé de le faire. L'État peut par exemple créer un poste d'inspecteur général ou spécial du projet. V. ROUX Pascal, Le contrôle des investissements étrangers en France : règles applicables, 1995 No 1 pp. 63-71 ; AFFAKI Bachir Georges, La Loi No 10 sur la Promotion des investissements : une nouvelle donne pour le marché syrien, 1992 No 4 pp 371-388.

<sup>107</sup> Normalement, les parties peuvent prévoir l'obligation de la société concessionnaire dans l'accord de projet, de faire régulièrement rapport à l'organe réglementaire compétent au sujet de l'exploitation de l'installation ou de soumettre des rapports spéciaux sur demande.

<sup>108</sup> L'exercice de tels droits d'inspection et de surveillance par les pouvoirs publics ne dégage pas la société concessionnaire de ses responsabilités en cas de dommages subis par eux, des usagers ou des tiers, parce qu'elle ne s'est pas acquittée de ses obligations.

*Remarque* : il faut que les parties veillent à ce que les inspections et les contrôles ne soient intempestifs, qu'ils aient lieu de telle sorte qu'ils gênent le moins possible l'exploitation de l'infrastructure ou évitent les interventions excessives pendant celle-ci. On peut pourtant se demander à qui revient la charge du coût des inspections et des mesures apparentées.

La loi de certains pays les fait supporter à la société concessionnaire, conformément à ce que décide le gouvernement alors que, dans d'autres, elle laisse le soin à l'accord de projet de régler ces détails. Pour ne pas permettre à la société concessionnaire à elle seule, de supporter la charge des coûts associés à ces contrôles, nous penchons pour la solution d'insérer une clause dans l'accord de projet, qui fait que ces contrôles font l'objet de négociations entre la société concessionnaire et le constructeur. Pour que le constructeur soit lié par les coûts relatifs aux contrôles de qualité, il sera dans l'intérêt de la société concessionnaire de prévoir dans le contrat de construction que ces contrôles ne libéreront pas le constructeur de son obligation d'atteindre les critères de performance convenus.

## **Section 2** **Périmètre d'action de la société** **du projet ou l'entreprise concessionnaire**

Le champ d'intervention de la société de projet ou concessionnaire dans un projet *BOT*, se mesure, à deux niveaux. D'une part les relations contractuelles nouées avec l'État du pays d'implantation du projet (**Paragraphe 1**), qui doit permettre au concessionnaire d'honorer ses engagements de construire, exploiter et transférer ou rénover selon la formule adoptée dans l'accord de projet; d'autres part, les obligations du

concessionnaire à l'égard des cocontractants, des sous-traitants (**Paragraphe 2**) et des bailleurs de fonds (**Paragraphe 3**).

### **Paragraphe 1 : Obligations de la société concessionnaire à l'égard de l'État hôte**

Les obligations contractuelles du concessionnaire vis-à-vis les pouvoirs publics dépendent de la nature même de l'opération. En concluant un accord de projet ou une convention *BOT* avec l'État hôte, le concessionnaire assume les obligations de financer, d'exploiter, transférer ou entretenir l'installation du projet d'infrastructure, selon que la formule est *CET* ou expressions apparentées<sup>109</sup>. Certains pays définissent ses obligations, dans leur législation sous forme d'une mention générale tandis que dans d'autres pays, la loi énumère des listes plus détaillées, par exemple l'obligation de fournir des services adéquats ou de respecter les règles ou règlements pertinents. Particulièrement en vue du transfert final de l'installation au gouvernement, la loi prévoit parfois que l'accord de projet doit contenir des dispositions concernant le transfert de technologie et définir la façon dont le personnel local nommé par le gouvernement recevra une formation technique appropriée.

### **Paragraphe 2 : Obligations de la société concessionnaire à l'égard des sous-traitants**

A moins que la société concessionnaire, soit en mesure de faire une prestation de l'ensemble des services, qu'exige le projet *BOT*, l'accord du projet doit reconnaître au concessionnaire le droit à la sous-traitance. Un tel arrangement contractuel peut avoir

---

<sup>109</sup> STEIN Stephen W, *Build Operate transfer (BOT) re-evaluation*, International Construction Law Review, 11 Apr 1994 p. 101-13; AUGENBLICK Mark and SCOTT Custer Jr., *The Build Operate and Transfer(BOT). Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries*, World Bank Working Paper Number 498 (1990) p. 29.

d'importantes incidences à la fois sur le projet, la rentabilité et sur la législation du pays hôte selon son système juridique.

D'ailleurs, le Guide de la CNUCDI insiste sur la nécessité pour l'État hôte de prévoir une disposition législative reconnaissant au concessionnaire le droit de sous-traiter surtout pendant la phase d'exploitation du projet. En effet, la restriction ou l'interdiction de sous-traiter risque de décourager les investisseurs potentiels dans la mesure où les promoteurs du projet comptent parmi eux des sociétés d'ingénierie et des entreprises de construction d'exploitation et de maintenance, qui participent au projet dans l'espoir de se voir attribuer des contrats relevant de leurs domaines respectifs.

Dans l'éventualité où il est fait mention dans l'accord de projet ou dans la législation nationale du droit du concessionnaire à sous-traiter, il doit en principe être soumis à une approbation de l'autorité concédante. Il importe toutefois que les parties veillent à ce que l'accord de projet établisse clairement et avec précision le but de ces procédures ainsi que les circonstances dans lesquelles l'État hôte peut refuser de donner son approbation.

Généralement, le concessionnaire a intérêt à respecter les contrats le liant aux sous-traitants. En revanche les sous-traitants doivent respecter leurs engagements vis-à-vis du concessionnaire. On peut s'inspirer de la jurisprudence française, par exemple, qui aligne le régime de responsabilité du sous-traitant sur celui de l'entrepreneur principal ou du concessionnaire<sup>110</sup>. Le sous-traitant est ainsi tenu vis-à-vis du concessionnaire à une obligation de résultat. Il doit livrer les marchandises ou encore les travaux sous-traités conformes aux spécifications techniques, et exempts de vices prévus dans le

---

<sup>110</sup> Cf. Cass. civ. 3e, 3 décembre 1980, *bull. civ. III*, no 188, p. 142 ; Cass. civ. 3e, 24 février 1982, *bull. civ. III*, no 54, p. 38 ; Cass. civ. 3e, 23 octobre 1984, *bull. civ. III*, no 171, p. 134.

contrat *BOT*, à moins qu'il y ait dérogation<sup>111</sup>. Et en cas de modification unilatérale de la part du sous-traitant, le concessionnaire doit prendre des mesures compensatoires qui permettent d'éviter le blocage du projet *BOT* et assurent sa continuité.

### **Paragraphe 3 : Obligations du concessionnaire à l'égard des bailleurs de fonds**

Dans l'opération *BOT*, les obligations du concessionnaire ne se limitent pas seulement à exécuter le projet et de fournir les services voulus de manière adéquate et diligente conformément aux termes de l'accord de projet. Il y a aussi *l'obligation de remboursement des dettes auprès des prêteurs selon leurs ententes*<sup>112</sup>. Ce phénomène s'explique par l'apport de capitaux privés des actionnaires du concessionnaire qui ne représente habituellement qu'une partie du total de l'investissement envisagé. D'où la proportion bien plus importante de cet investissement qui provient de prêts accordés au concessionnaire par des banques commerciales et du produit de l'émission d'obligations ou d'autres instruments sur les marchés des capitaux<sup>113</sup>.

Les fonds provenant de l'émission d'obligations et d'autres instruments peuvent constituer une source de financement substantiel pour les projets d'infrastructure sous la formule *BOT*. Ces instruments pourront être émis par le concessionnaire lui-même, auquel cas les investisseurs qui achètent les titres, deviendront ses créanciers ou bien être émis par un tiers auquel ont été cédés les droits sur les recettes provenant du projet par le biais d'un mécanisme appelé "titrisation"<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Dans une certaine mesure, le sous-traitant ne pourra s'exonérer qu'en apportant la preuve de la faute de la victime, du fait tiers participant dont il n'assume pas la responsabilité ou de la survenance d'un cas de force majeure.

<sup>112</sup> FAYE Levin, *BOT Projects and Their Documentation*, International Law Institute Essay (1994) p. 2 s.

<sup>113</sup> GARY Bond and Laurence CARTER, *Financing Infrastructure Projects –Emerging Trends from IFC's Experience*, International Finance Corporation Discussion Paper Number 23 (1994).

<sup>114</sup> FERRY Claude, *Trust et Titrisation aux Etats-Unis : Aspects Juridiques*, *Revue de Droit Bancaire et de la Bourse*, novembre-décembre 1993, no 40, pp. 243-246.

La **titrisation** consiste à créer un titre garanti par les recettes du projet, qui sont gagées pour rembourser le principal et payer les intérêts sur ces titres. Les opérations de titrisation conduisent habituellement à créer une personne morale distincte du concessionnaire dans le but exprès de garantir les avoirs sous recettes escomptées. La société ou consortium concessionnaire subroge cette entité dans ces droits sur les recettes escomptées du projet *BOT* ou assimilé, et ladite entité, à son tour, vend aux investisseurs des instruments porteurs d'intérêt qui sont garantis par les recettes provenant du projet. Les porteurs d'obligations titrisées acquièrent ainsi un droit sur les recettes tirées par le concessionnaire de ses transactions avec ses clients. L'entreprise concessionnaire perçoit les droits d'utilisation des clients et vire les fonds ainsi recueillis à l'entité spéciale, laquelle la transfère aux obligations titrisés. Certains pays ont récemment promulgué des lois reconnaissant expressément la faculté de la société concessionnaire de subroger une entité spéciale dans ces droits sur les recettes attendues du projet, ladite entité étant chargée de détenir et de gérer ces fonds à titre fiduciaire dans l'intérêt des créanciers du concessionnaire. Afin de protéger les porteurs d'obligations contre le risque d'insolvabilité du concessionnaire, il peut y avoir lieu pour les pays d'adopter les mesures législatives nécessaires afin de permettre une séparation juridique du concessionnaire et l'entité spéciale.

Il ressort en définitive que, les obligations du concessionnaire à l'endroit des bailleurs de fond méritent un encadrement juridique. Il est donc bon que la législation confirme le pouvoir du concessionnaire de prendre les arrangements financiers qu'il juge appropriés pour financer l'ouvrage. Il importe en outre de veiller à ce que la législation du pays hôte ne limite pas à l'excès la capacité du concessionnaire de conclure des arrangements de financement nécessaires, par exemple en limitant sa capacité d'offrir une sûreté adéquate à ses bailleurs de fonds.

## **DEUXIÈME PARTIE**

### **STRUCTURES FINANCIÈRES ET CONTRAT DE FINANCEMENT D'UN PROJET *BOT***

## **CHAPITRE I**

### **Contrat de financement et questions juridiques affectant l'enveloppe financière**

Offrir un panorama du système de financement d'un projet *BOT*, n'est pas une entreprise facile. De manière générale, le montage financier correspond d'emblée, à la prise de participation des promoteurs du projet et d'autres particuliers qui souhaitent acheter des parts de la société concessionnaire. Puisque la prise de participation au capital n'est pas suffisante pour couvrir les coûts d'un projet *BOT*, elle est souvent complétée par des crédits commerciaux ou l'émission d'actions privilégiées, d'obligations ou d'autres instruments négociables sur les places boursières.

D'autres fonds supplémentaires peuvent provenir d'organismes de crédit à l'exportation ou d'institutions financières nationales ou multilatérales. Par ailleurs le montage financier d'un projet *BOT* est **asymétrique**, puisqu'il implique davantage de capitaux privés que de capitaux étatiques<sup>115</sup>.

Dans cette perspective, notre prochaine analyse va s'orienter vers la compréhension du périmètre financier d'un projet *BOT* en précisant les raisons qui peuvent justifier cette asymétrie.

---

<sup>115</sup> Le projet *BOT* qui éprouve l'incapacité de financement complet (ou théorie de l'incomplétude) de la part des investisseurs privés peut devenir « finançable » grâce au concours financier de l'État. Bien que l'un des principaux objectifs des projets *BOT* est d'éviter que l'État mobilise des fonds publics pour leur exécution, il arrive que des circonstances particulières justifient la mobilisation de fonds publics.

Nous tenons pour acquis que la structure financière d'un projet *BOT* est composée, essentiellement des dettes à long terme ou de fonds propres avec *un ratio d'endettement*, d'une part, et d'autre part, par la *structure optimale* des ressources financières. On distingue par ailleurs deux modes de financement d'un projet *BOT* : le **financement public** dont la principale source sont les *recettes fiscales* et les *emprunts publics* et le **financement privé**, provenant des ententes financières de la société concessionnaire et les bailleurs de fonds tels que les banques de développement (nationale et multilatérale), les banques commerciales et régionales ainsi que d'autres institutions financières nationales ou internationales. Nous nous trouvons dans un cas de figure où dans la plupart des pays en développement, l'État est confronté à des emprunts antérieurs non-remboursés qui aliènent la confiance et le crédit auprès des bailleurs de fonds. Un État dont le niveau d'endettement le met en état de cessation de paiement, insolvable de tout crédit et qui a besoin de s'ouvrir à la maîtrise d'œuvre et au financement des infrastructures par le secteur privé.

Si tel qu'indiqué à la page introductive de ce chapitre, la structure financière non seulement reflète les objectifs, économique, légal voir réglementaire, poursuivis par les parties mais également la composition des différentes sources de financement. L'enveloppe financière est constituée par une combinaison des fonds propres de la société concessionnaire ou développeur (**section 1**), d'emprunts de premier rang en provenance des crédits des banques commerciales, des institutions financières internationales ou des banques de développement (**section 2**) et d'emprunts subordonnés (**section 3**), avec répartition respective des risques.

## **Section 1**

### **Les fonds propres ou la prise de participation des promoteurs au capital social**

Les fonds propres constituent la prise de participation par les promoteurs et d'autres actionnaires qui souhaitent figurer dans le capital social de la société concessionnaire. Ce capital sert généralement à prendre en charge les risques de la période de démarrage du projet *BOT*, dans l'éventualité où l'existence des revenus ne suffisent pas à couvrir les charges d'exploitation et celles reliés à l'endettement. Les fournisseurs de capitaux propres exigent que les rendements sur investissement soient attrayants et il incombe au promoteur de montrer que les taux de rendement envisagés sont réalistes.

## **Section 2**

### **Les créanciers de premier rang**

Les créanciers de premier rang assument aussi des risques relatifs au financement d'un projet *BOT*. Leur apport en capitaux est fonction de la taille du projet, sa rentabilité, la stabilité politique du pays et le cadre juridique propice à la protection de l'investissement ainsi que la solvabilité de la société concessionnaire. Souvent ces créanciers prennent comme sûreté une hypothèque de premier rang sur les actifs du projet comprenant les revenus. Dans la mesure où les créanciers de premier rang apportent en pourcentage, la majeure partie du financement global du projet *BOT* (la moitié du coût global), parfois, ils cherchent à réduire ces risques en prévoyant l'échéance de certaines sommes à court terme. Cette façon de procéder par les créanciers du premier rang, tient compte du fait que la sûreté qui leur est accordée est normalement constituée exclusivement d'une hypothèque sur les actifs du projet et l'échéance de ce financement à long terme ne dépassera pas la durée estimative du projet *BOT*. Enfin, dans l'hypothèse où l'évolution des revenus à venir est difficile à établir, le

financement des créanciers précités prévoient aussi des conditions relatives au respect de ratios économiques.

### **Section 3**

#### **La nature de l'apport du financement public dans le projet *BOT***

Partant du principe du non-endettement de l'État dans la réalisation d'un projet *BOT*, dans quelle mesure le **financement public** est nécessaire dans un projet *BOT* ?

Lorsque les capitaux sont disponibles pour réaliser ce genre de projet, la société concessionnaire et ses prêteurs cocontractants peuvent se passer du financement de l'État hôte. Les créanciers de premier rang et d'autres pourvoyeurs des capitaux propres ont l'habitude d'envisager l'envergure et les limites des risques qu'ils sont disposés à assumer : c'est le système de plafonnement des risques. Or il arrive des situations où les seuls capitaux propres ainsi que ceux des créanciers de premier rang ne suffisent pas pour réaliser un projet *BOT*. Il y a dans ces conditions, la nécessité d'un financement additionnel en provenance d'un **prêteur subordonné**.

Toutefois, les promoteurs ont souvent du mal à trouver un prêteur subordonné même si par nature, la valeur d'un prêt subordonné ne constitue qu'une partie du coût global du projet *BOT* à réaliser. Certains prêteurs du secteur privé, en raison du faible rendement devant l'ampleur des risques à assumer, ne sont pas intéressés à apporter des capitaux subordonnés au projet. C'est dans ce contexte que **le financement étatique peut être indispensable** pour réaliser le projet.

L'intervention du financement étatique se fait donc sous forme de prêts subordonnés, de subventions, d'apports d'éléments d'actifs ou en offrant non seulement certaines

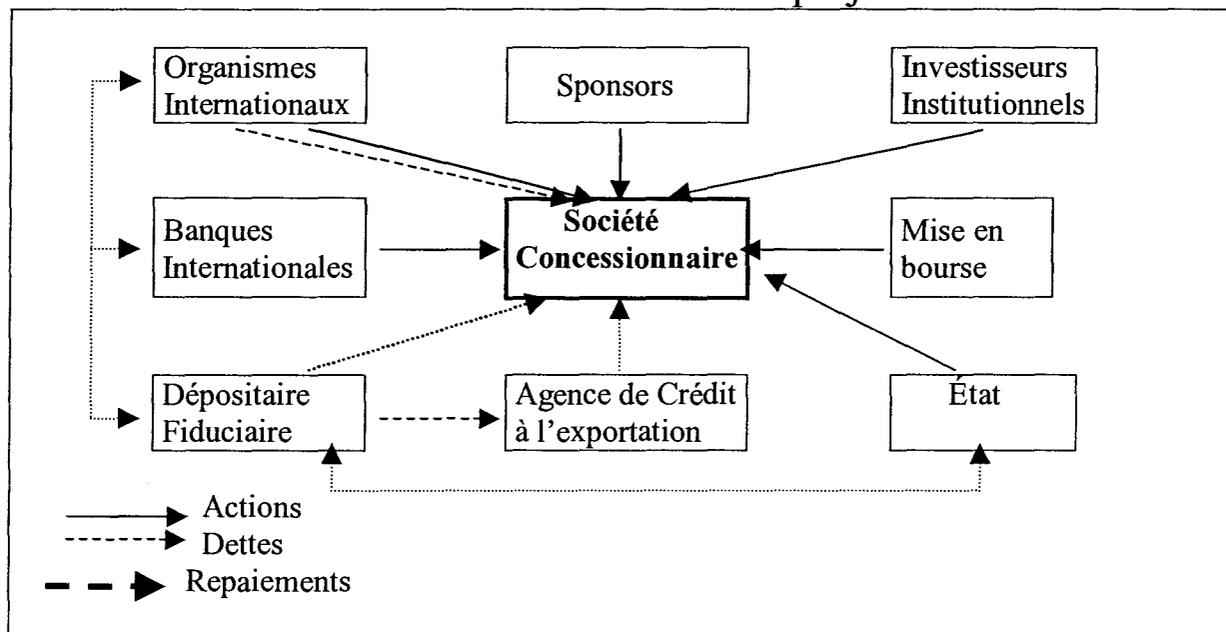
garanties financières (bonus incitateur sous forme de prime d'achèvement anticipé, les aides, le traitement préférentiel ou octroi de subventions sous forme d'une intervention unique etc.) mais aussi certaines mesures incitatives comme des allègements fiscaux, la fourniture gratuite de terrains, de l'électricité, d'eau ou d'autres matériaux.

Le contrat de financement est le plus important dans la réalisation d'un projet *BOT* à cause non seulement de la taille du projet mais aussi et surtout du volume des capitaux.

Un aperçu du schéma relatif à la structure financière est présenté ci-dessous.

## Schéma 2

### Structure financière d'un financement de projet BOT



## CHAPITRE II

### la problématique des garanties contre les risques dans l'investissement des projets *BOT*

La thématique des garanties constitue un problème majeur dans les projets *BOT* et apparentés. Elle concerne non seulement les pouvoirs publics de l'État hôte, mais aussi les promoteurs du projet. Nous tenons à attirer l'attention du lecteur sur le fait que les garanties doivent absolument être mises en place avant l'établissement du financement soit par le gouvernement (partie concédante), soit par les promoteurs du projet. Ceci étant, la problématique des garanties reflète à la fois le respect des engagements mutuels pris par tous les acteurs sus-indiqués, les uns envers les autres. D'où l'applicabilité du *principe de réciprocité* dans l'observation des engagements contractuels des parties.

Le pouvoir public intervient à double titre. En sa qualité de partenaire, il donne certaines garanties à l'entreprise concessionnaire dans une ou plusieurs conventions qu'il passe avec elle concernant l'exploitation du projet. En sa qualité de pouvoir public, il lui appartient, non pas de garantir le remboursement de la dette, mais d'assurer le bon déroulement d'une opération complexe à l'intérieur de son ordre juridique<sup>116</sup>. La société concessionnaire quant à elle et ses promoteurs (constructeur, prêteurs, fournisseur et autres entités) se doivent mutuellement des garanties pour éviter les risques au niveau des sous-contrats<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> FRILET Marc, Public or private or is there an alternative ? A possible answer based on the French legal experience, rapport I du *Seminar on sustainable public utilities in urban areas and public-private partnership*, 7 & 8 octobre 1996, Manille, Philippines, 11 ff.

<sup>117</sup> Grands projets internationaux d'infrastructures, Colloque organisé par Édition- Formation-entreprise (E.F.E.), 3 et 4 juillet 1997, un classeur de Documents. V. aussi FISZELON Roger, Le Co-développement : Réflexions Économiques et Financiers, RDAI/IBLJ, No 2, 1999 p.167.

## Section 1

### Les principes régissant l'allocation des risques d'un projet *BOT*

Le recours des prêteurs étant en grande partie limité aux seuls actifs et revenus de la société concessionnaire, il est logique qu'ils s'attachent à ce que leurs débiteurs supportent, dans toutes les phases de la construction et de l'exploitation du projet, le moins de risques possible, qu'ils soient commerciaux, industriels, techniques, économiques, financiers, politiques ou autres<sup>118</sup>.

Les prêteurs souhaiteront donc que les risques soient effectivement transférés par voie contractuelle à d'autres acteurs : constructeur, exploitant, assureur, État hôte, client(s) ou fournisseur(s) de la société concessionnaire et éventuellement aux autres promoteurs.

Le transfert de ces risques doit non seulement être efficace sur le plan juridique mais également sur le plan pratique. Les prêteurs veillent ainsi à ce qu'un risque déterminé soit alloué à la partie qui est dans la meilleure position pour l'assurer, contrôler sa survenance et son évolution, les risques incontrôlables devant, dans la mesure du possible, être largement dilués en s'assurant que chaque partie a un intérêt à empêcher sa survenance ou à y remédier. Les prêteurs ne prennent l'engagement de financer un projet que lorsqu'ils sont persuadés que les risques propres à ce projet ont été correctement identifiés et, dans la mesure du possible, transférés efficacement de la société concessionnaire aux autres acteurs du projet<sup>119</sup>. L'influence des prêteurs dans l'ensemble des négociations des contrats industriels et commerciaux conclus par la

---

<sup>118</sup> VANDOMME Laurent, « To Time, To Budget, To specification », L'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT, RDAI/IBLJ, No 8, 1999. p 879 et s.

<sup>119</sup> Grands projets et bassin méditerranéen-Opportunités, risques et rentabilités, « Conférence Les Échos », en collaboration avec Gide Loyrette Nouel et le cabinet d'audit Salustro Reydel, sous le parrainage du CFCE et des Conseillers du Commerce extérieur, 28 et 29 novembre 1996, deux volumes de Documents. Voir aussi FRILET Marc, Some universal issues in BOT projects for public infrastructures, mai 1997, 13 ff., International Construction Law Review.

société concessionnaire est donc énorme. Il apparaît ainsi nécessaire de les associer à toutes les négociations dès le début, afin de n'avoir pas ensuite à renégocier certains termes contractuels qui ne les satisferont pas. Si cela n'est pas envisageable en pratique, il est fortement conseillé d'avoir recours aux services d'un conseiller financier qui s'assurera de la «bancabilité» des mécanismes contractuels négociés en l'absence des prêteurs.

## **Section 2**

### **Identification et allocations des différents risques pré-opérationnels**

La nature des risques d'un projet *BOT* dépend des grands secteurs infrastructurels<sup>120</sup> puisque chaque secteur a des risques qui lui sont spécifiques.

Il existe dans un projet *BOT* plusieurs catégories de risques ceux qui sont liées au financement et ceux qui sont causés expressément par un comportement opportuniste (par exemple l'expropriation) des parties contractantes. Dans le cadre de cette étude, nous pouvons ranger en trois grandes catégories les risques d'un projet *BOT* qu'on trouve généralement, en totalité ou en partie, dans toute grande opération d'investissement (qu'elle fasse ou non l'objet de partenariat public/privé) : les *risques* pendant la *construction* (**Paragraphe1**), les risques liés à l'*exploitation* (**Paragraphe2**), il y a aussi d'*autres risques* qui resteront à l'étape de l'énonciation.

#### **Paragraphe 1.- Risques pendant la phase de construction**

Sans que la liste ne soit exhaustive, les principaux risques<sup>121</sup> dans le cadre de la phase pré- opérationnelle et opérationnelle d'un projet *BOT* sont :

---

<sup>120</sup> Il peut s'agir des transports, de l'électricité, l'assainissement et la distribution d'eau, les infrastructures pétrolière, gazière et bien d'autres. La probabilité que différents risques surviennent au cours de la réalisation d'un financement de projet dépend également du pays dans lequel l'investissement est réalisé.

la construction du projet n'est pas achevée dans les délais impartis ou n'est jamais achevée; les coûts réels de construction dépassent ceux initialement prévus; les spécifications de l'unité industrielle ou de l'infrastructure à construire n'ont pas été respectées par le constructeur ; le risque politique; le risque environnemental.

### ***1.- Risque de non-achèvement des travaux de l'infrastructure***

Un retard dans la réalisation du projet peut avoir de multiples conséquences pour la société concessionnaire. Ainsi, la société concessionnaire pourra devoir payer des pénalités de retard à l'État hôte, au titre de l'accord de projet ou la convention *BOT* ; les besoins de financement de la société concessionnaire vont s'accroître dans la mesure où pendant la période du retard, les prêts consentis à la société concessionnaire vont générer des intérêts qui vont être capitalisés ; l'exploitation du projet commençant avec retard, les revenus de la société concessionnaire seront éventuellement moindres que ceux initialement envisagés dans les diverses études de faisabilité ; la société concessionnaire peut, par l'effet de ce retard, se trouver en violation de ses engagements au titre des contrats conclus avec son ou ses clients.

### ***2.- Risque de dépassement des coûts***

Les coûts de construction d'une infrastructure sous la formule *BOT* constituent un élément essentiel dans la définition de ce projet puisque la quasi-totalité des fonds empruntés serviront au financement de ces coûts. La pratique montre que les coûts de construction d'un projet *BOT* peuvent rapidement déraiser, en cours de réalisation des

---

<sup>121</sup> NICKLISCH Fritz, *The BOT model – the contractor's role as builder- contract structure, risk allocation and risk management*, International-Construction Law Review v. 9 Oct. 1992 p. 425-32; V. ég. Walker C. et A. J. Smith, Privatized Infrastructure: *The build Operate and Transfer approach*, LONDRES, Thomas Telford, 1995, p. 258 et s.

travaux, par rapport aux coûts initialement estimé et qui ont servi de base aux études de rentabilité des promoteurs et aux études de risques de prêteurs. L'on peut aussi s'interroger sur les *causes* du phénomène de dépassement des coûts de construction dans les grands projets d'infrastructure et sur la possibilité du transfert de risques liés au dépassement de ceux-ci. Cette double interrogation nous permettra de préciser les causes de dépassement des coûts de construction avant de voir si les risques inhérents au dépassement des coûts sont transférables.

***a) Causes habituelles de dépassement du budget initial de construction du projet***

Excepté la mauvaise gestion des capitaux empruntés, les causes à l'origine de la situation d'insuffisance des fonds initialement prévus pour la réalisation du projet *BOT* sont diverses. Pour ne citer que quelques exemples, mentionnons : une mauvaise estimation des coûts des équipements fournis ou des travaux à réaliser par le constructeur ; la survenance d'éléments impondérables (nappe phréatique, sols pollués, site archéologique, etc.) qui n'avaient pas été pris en compte au moment des estimations des financements nécessaires ; une dévaluation de la monnaie locale qui alourdit les coûts de prestations et /ou des fournitures facturées en devises étrangères ; l'obligation de procéder à des modifications afin d'améliorer les performances et d'atteindre le standard requis.

***b) Problème de transfert des risques liés au dépassement des coûts de construction***

La question de savoir si les risques liés au dépassement des coûts sont transférables n'est pas une question nouvelle. Classiquement, les prêteurs ont toujours cherché à transférer les risques de dépassement de ces coûts de construction de l'infrastructure successivement au constructeur via la conclusion d'un contrat construction à prix fixe et

forfaitaire, aux promoteurs par le biais d'engagements contractuels adéquats, à l'État hôte en insérant dans l'accord de projet ou la convention *BOT* des mécanismes de compensation permettant notamment de répercuter le coût final du projet sur les revenus de la société concessionnaire<sup>122</sup>.

### ***3.- Risque relatif à l'irrespect par le constructeur des spécifications de l'infrastructure ou de l'unité industrielle (encore appelé risque de non-performance)***

Une pratique courante dans les projets *BOT*, consiste pour les parties de fixer dans l'accord de projet des clauses relatives aux critères qualitatifs et quantitatifs du produit ou du service qui devra être fourni par la société concessionnaire, cette dernière assumant la responsabilité de concevoir et de construire une installation ou une infrastructure capable de fournir un tel produit ou un service. L'autorité concédante impose ainsi des paramètres fonctionnels en laissant à la société concessionnaire le soin de définir les méthodes de construction, de même que les normes et les spécifications techniques à mettre en œuvre pour les atteindre.

Dans l'hypothèse où l'infrastructure construite ne respecte pas ces critères fonctionnels, l'engagement de l'État hôte ou du client de la société concessionnaire de prendre livraison du bien produit ou du service fourni ne prendra pas effet et le projet n'entrera pas en phase opérationnelle.

---

<sup>122</sup> SCRIVEN John, *A banking perspective on construction risks in BOT schemes*. (Build operate and transfer, government - granted concession to operate a facility for a fixed period of time) (United Kingdom), *The International Construction Law Review*, July 1994; 11: n 3, 313-329.

Du point de vue des prêteurs, l'achèvement de la construction conformément aux spécifications est un point critique et essentiel, puisqu'elle permet de passer d'une phase de tirage du crédit à une période d'exploitation, donc de remboursement.

Le risque associé au non-respect des spécifications, assumé dans un premier temps par la société concessionnaire aux termes de la convention *BOT* est invariablement transféré, au constructeur au travers du contrat de construction. Toutefois, ce transfert n'est pas global. Aux termes de la convention *BOT*, la société concessionnaire s'engage en effet, à l'égard de l'État hôte non seulement à concevoir et à construire une installation capable de produire un bien ou un service répondant à certains critères de performance déterminés, mais également à exploiter cette installation pendant 30 à 50 ans et à fournir effectivement ce bien ou ce service satisfaisant ces critères qualitatifs et quantitatifs.

La non-satisfaction des critères de performance va donc amener la société concessionnaire à supporter deux risques distincts. Le premier consiste à ne pas entrer en phase opérationnelle ou à supporter des pénalités pour non-conformité. Ce risque est traditionnellement transféré, en tout ou partie, au constructeur. Le second, découlant du premier, est de supporter des pénalités au cours de l'exploitation du projet par le biais d'une diminution des revenus de la société concessionnaire, imputable au non-respect des critères de performance. Ce risque est difficilement transférable au constructeur dont le rôle s'achève, traditionnellement, à l'expiration de sa période de garantie, soit un an ou deux après la réception des travaux.

## **Paragraphe 2 : Risques pendant l'exploitation**

### **A.- Risques politiques que courent l'entreprise concessionnaire et ses cocontractants**

Un risque politique de contrat de concession se conçoit comme toute action ou tout acte préjudiciable de la puissance publique ayant pour conséquence une interruption du projet. Ce qui sous-entend que la société concessionnaire et les bailleurs de fonds courent le risque que l'exécution du projet *BOT* soit influencée négativement par des actes du gouvernement, d'une entité publique ou d'un organe législatif du pays hôte.

Les risques politiques peuvent être classés en trois catégories :

Les risques politiques *traditionnels* : les pouvoirs publics peuvent mettre en œuvre, par exemple, certaines mesures relatives à la nationalisation des avoirs de la société concessionnaire ou peuvent imposer de nouvelles taxes compromettant l'aptitude de la société concessionnaire à rembourser ses prêts et à amortir ses investissements.

Les risques *réglementaires* : les promoteurs peuvent être surpris par l'introduction par les pouvoirs publics du pays hôte de normes plus rigoureuses de prestation de services ou par l'ouverture d'un secteur à la concurrence.

Les risques *quasi-commerciaux* : ils se traduisent, par exemple, par le non-respect des engagements par l'autorité contractante ou par une interruption du projet due à un changement dans les priorités ou les plans.

Outre les risques politiques liés au pays hôte, certains risques politiques peuvent résulter d'actes d'un gouvernement étranger par exemple, (blocus, embargo ou boycottage imposés par le Gouvernement du pays d'origine des investisseurs).

Les risques politiques sont variés, mais ceux le plus fréquemment rencontrés sont la dénonciation du contrat de concession par l'État hôte, la non-exécution par un organisme public de ses obligations contractuelles ou la mise en jeu abusive de garanties indépendantes.

*Rappelons que les risques politiques constituent l'une des inquiétudes principales des promoteurs du projet.* Ils se situent pour la plupart dans le changement unilatéral des politiques internes par le pays d'implantation du projet, politiques relatives par exemple aux marchés publics et à la prestation des services publics par des entreprises étrangères.

Les prêteurs cherchent bien évidemment à atténuer les risques politiques. L'atténuation du risque politique, passe par la mise en place de mécanismes de protection contractuels à long terme, tels que des clauses d'arbitrage, qui peuvent partiellement empêcher un gouvernement d'agir de la sorte. Certains gouvernements hôtes pour éviter d'arriver devant l'arbitrage, choisissent de supporter des risques politiques non-assurables ou mettent en place des solutions institutionnelles, palliant l'inexistence de mécanismes de marché permettant d'allouer ces risques. C'est notamment la fonction des agences de crédit à l'exportation qui assurent les risques politiques.

#### ***a) Les agences de crédit à l'exportation***

Lorsque l'on parle de financement d'infrastructure sous la formule *BOT*, il question d'un mouvement de capitaux. Cet investissement qui peut parfois être transfrontalier, ne peut se faire sans risques de nature politique, économique ou naturel. Dans ce contexte les entreprises et établissements de crédit qui financent une exportation peuvent obtenir une couverture contre les risques sus-mentionnés, qui menacent l'opération *BOT*, auprès

d'une institution d'assurance-crédit à l'exportation, qui peut être soit *nationale*<sup>123</sup> (la plupart du temps publique, mais aussi privée), soit *internationale*<sup>124</sup>. La création et le fonctionnement de ces organismes s'inscrivent souvent dans le cadre des politiques nationales de promotions des exportations, qui s'avèrent de plus en plus lourdes à supporter<sup>125</sup>.

### ***b) Rôle des institutions financières internationales et des assureurs du risque politique***

Les institutions financières internationales et les assureurs interviennent de diverses façons pour atténuer les *risques politiques*. Ils reçoivent souvent des appuis et conseils des Agences Multilatérales de Développement (MLA's) spécialisées dans la promotion des services relatifs aux risques politiques. Ces agences adoptent un certain nombre de mesures variées consistant à :

---

<sup>123</sup> Au niveau national, on peut citer par exemple, en France, la Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE) et la Banque française du commerce extérieur (BFCE), aux États-Unis, the *Oversas Private Investment Corporation* (OPIC), au Royaume-Uni, the *Export Credit Guarantees Department* (ECGD), en Belgique, l'Office National du Dueroire ; en Allemagne, le consortium de deux organismes, l'un privé, HERMES, et l'autre public, Treuarbeit, gère les assurances de crédit à l'exportation au nom et pour le compte des gouvernements respectifs. Cf. Dr. Gunter Stolzenburg, «The law and practice of export credit in West Germany», *ICLR*, 1983, p. 73-74; Tore Winen-Nilsson, «Official export credit arrangements in Sweden», *ICLR*, 1985.370. Dr. Otto ORTNER, «Export risk guarantees in Austria», *ICLR*, 1983. p. 93

<sup>124</sup> Sur le plan international, il existe deux organisations, l'une internationale et l'autre régionale, qui garantissent les investisseurs contre les sinistres qui menacent un investissement, réalisé souvent dans un pays en développement, tout en tenant pour acquis que les grands projets de construction d'infrastructure ont toujours été considérés comme des investissements au sens large par les organismes du groupe de la Banque Mondiale (SFI, AMGI, CIRDI) : D'une part, l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) et d'autre part la compagnie inter-arabe pour la garantie de l'investissement, une institution à vocation régionale. Cf. Jean TOUSCOZ, «Les opérations de garanties de l'AMGI», *JDI*, 1987. 901; Voir aussi, Hans SMITH et Richard B. ALSHOP, «The World Bank's Multilateral Investment Guaranty Agency», *Columbia Journal of Transnational Law*, 1986.101; J.L. FESTERAERTS, «L'Agence multilatérale de garantie des investissements», *RD aff. Int.*, 1988, n°4.

<sup>125</sup> Après les deux chocs pétroliers qui avaient considérablement augmenté le pouvoir d'achat des pays producteurs de pétroles du Moyen Orient et de l'Afrique du Nord, les entreprises françaises ont pu décrocher de nombreux grands contrats dans la région. La politique à l'exportation, en raison notamment des aides qui l'accompagnaient, s'est révélé avec le temps extrêmement coûteuse. Aujourd'hui, la dette irakienne, par exemple à l'égard de la France s'élève officiellement à 25 milliards de francs, dont 15 milliards sont garantis par la COFACE. Celle-ci avait pourtant cessé de garantir les exportations vers l'Irak dès 1987. Cf. Bernard GRELON et Charles-Étienne GUDIN, «Contrats et crise du Golfe», *JDI*, 1991, p. 634-635.

- la mise œuvre concrète de leur nouvelle doctrine de partenariat et de partage des risques;
- aider à la formation des corps politiques et de la haute fonction publique des États concernés;
- octroyer de financements et/ou de garanties des engagements des concédants découlant du partage des risques. On peut citer par exemple des prêts éligibles aux programmes de Partial Risk Guarantee (PRG), anticipant les bénéfices sociaux futurs qui, joints à l'intéressement du concédant, seront la source de leur remboursement<sup>126</sup>;
- recourir aux assureurs publics (ECA's, MIGA)/ privés du risque politique pour compléter les plafonds et les instruments disponibles chez les Agences Multilatérales de Développement (MLA's) ;
- rechercher des solutions adaptées aux projets des entités non souveraines- Municipalités, provinces, États fédérés.

En résumé, les institutions financières internationales et les assureurs en matière de risques politiques recourent aux subventions et/ou des garanties souveraines ou assimilées dès qu'il s'agit de traiter le risque provincial ou municipal, s'appuyant sur les programmes de PRG (Partial Risk Garantie) des MLA's (Multilateral Agencies). Ils recourent également aux assureurs privés et publics, des rehausseurs de crédit et dessinent un nouveau cadre mieux adapté au financement privé des concessions d'infrastructures.

---

<sup>126</sup> Covering political and regulatory risk: issues and options for private infrastructure arrangements. In dealing with Public Risk in Private infrastructure. WARRICK Smith, Word Bank, Latin America. septembre 1998.

## **B.- Risque environnemental**

L'installation, la construction d'une ou plusieurs infrastructures sous la formule *BOT* ou formule apparentée, peut avoir une incidence sur les ressources naturelles du pays hôte. Toutefois elle peut avoir aussi pour conséquences des répercussions prévisibles ou imprévisibles sur l'environnement et des risques sanitaires. Une infrastructure qui produit ou traite les déchets toxiques par exemple, peut polluer l'environnement local et affecter la santé de la population du pays d'accueil du projet. C'est dans cette perspective de la menace de la santé publique, de la flore et la faune qu'un gouvernement peut renoncer au projet, et si le projet est en cours de réalisation, prendre des mesures de résiliation du contrat *BOT*. On peut contourner ce problème en inscrivant une clause dans l'accord de projet ou dans la convention d'établissement créant une obligation pour le concessionnaire de coopérer avec les autorités compétentes, entre autres, en fournissant en temps utile des informations adéquates relatives aux effets potentiels sur l'environnement et aux incidences sanitaires liées à l'environnement de toutes leurs activités, et en fournissant les connaissances spécialisées dont dispose l'entreprise dans son ensemble. Le concessionnaire doit prendre toutes mesures technologiques ou pratiques pour assurer la compatibilité du projet avec l'environnement du pays d'implantation du projet<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> Voir par exemple La Déclaration et les décisions de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), Copyright OCDE, 1992 p. 16.

### Schéma 3

#### Aperçu des risques liés à la construction d'un projet *BOT*

Risque de non-achèvement	Constructeurs Concessionnaire Fournisseurs	Garanties de bonnes exécutions des travaux Contrat clé en main Garantie de bonne exécution des travaux
Risque de dépassement des coûts	Concessionnaire Sous-traitants	Contrats à prix fixe et garantie de bonne exécution des travaux Même type de mécanisme
Risque de non-performance	Concessionnaire	Garanties de performance ou de bonne exécution des travaux ou fonds propres
Risque politique	Concessionnaire	Exemption fiscale, Agence de crédit à l'exportation, Agences Multilatérales de Développement (MLA'S), Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I), Garanties gouvernementales ou participation de partenaires locaux
Risque légal	Gouvernement local	Recours à l'arbitrage d'une tierce partie
Risque de force majeure	Gouvernement local Concessionnaire	Compensations gouvernementales Fonds propres
Risque environnemental	Concessionnaire Gouvernement local	Compensations gouvernementales

### Section 3

## Étude des mesures de garantie et de protection du financement des projets *BOT*

Bien qu'il existe dans un projet *BOT*, une pluralité de garanties<sup>128</sup> que les parties contractantes se donnent, notre étude a pu identifier trois sortes de garanties principales : Les garanties inhérentes à l'exploitation (A), celles liées aux risques de non-transfert (B) et celles qui concernent les expropriations (C) .

#### A.- Garanties relatives à l'exploitation

Les garanties inhérentes à l'exploitation sont définies suivant la nature du projet envisagé et le degré de dépendance de ce projet dans l'économie locale<sup>129</sup>. La partie concédante c'est-à-dire le gouvernement hôte, est amené à donner une double garantie à la société concessionnaire ayant pour objet les conditions d'exploitation (*take or pay agreement*) et les conditions d'approvisionnement de l'unité de production (*supply or pay agreement*).

- *L'appréhension du contexte de take or pay agreement*. Dans le pays hôte, l'estimation du nombre de consommateurs de produit ou d'utilisateurs de services générés par le projet *BOT* constituent des facteurs importants pour évaluer sa rentabilité. C'est pourquoi l'hypothèse de *Take or pay agreement* soulève deux questions de grande importance :

---

<sup>128</sup> Nous insistons du fait que les garanties que donnent les parties contractantes d'un projet *BOT*, ne sont pas à l'écart de la nature des engagements pris les uns envers les autres.

<sup>129</sup> En effet la nature des garanties en général n'est pas la même dans les projets *BOT* et les *BOO* ou *BOOT*. voir, private sector participation in power Through *BOOT* schemes, Edicté par John E. Besant-Jones, December 1990, copyright © 1990 The World Bank, session two «financial equation » p.2-1, 2-4.

Premièrement il convient donc de se demander, quel sera le prix que l'utilisateur final paiera pour l'utilisation du service public? Lorsqu'il s'agit de l'exploitation d'une infrastructure routière, comme une autoroute, la partie concédante doit garantir, le cas échéant, par dérogation aux tarifs pratiqués dans les autres réseaux routiers du pays, un tarif qui assurera des flux de trésorerie susceptibles de rentabiliser le projet de concession *BOT*.

Deuxièmement, quel sera le nombre minimum d'utilisateurs par an qui, pour ce prix, assurera la rentabilité du projet? Que se passe-t-il si le nombre minimum n'est pas atteint?

En principe les pouvoirs publics doivent fournir à la compagnie concessionnaire, selon la nature du projet d'infrastructure envisagé, l'assurance d'un rythme régulier d'évolution des péages, la garantie de l'utilisation d'une capacité annuelle minimale de mètres cubes de gaz, etc.<sup>130</sup>. Lorsqu'il s'agit de l'exploitation d'une centrale hydroélectrique, en particulier, l'État hôte doit garantir à l'entité exploitante une consommation annuelle minimale qui permettra le remboursement de la dette et assurera la rentabilité des capitaux investis<sup>131</sup>. La double garantie du prix du service public à l'utilisateur et d'un minimum de consommation annuelle fait l'objet d'une convention spéciale dite *take or pay agreement* passée entre les pouvoirs publics et la société concessionnaire.

- Le concept *supply or pay agreement* se rapporte aux besoins d'exploitation de l'infrastructure (qui peut être une unité industrielle) réalisée sous la formule *BOT* et qui

---

<sup>130</sup> « if the gaz is not used it is flamed off. », *Trade finance Rewiew*, janvier 1988, « Turkey gets its roads (and abit more)

<sup>131</sup> « As one disgruntled banker put it, how many microwave ovens the Turkish people be expected to install before everyone is guaranteed their electricity will be used? » *trade finance Rewiew*, July 1987. « Does *BOT* now mean Bags of trouble?

peut avoir besoin des matières premières. Dans ce contexte l'État hôte garantit à la société concessionnaire l'approvisionnement régulier de l'infrastructure (ou l'unité industrielle) envisagée, de façon que les flux nécessaires pour obtenir le revenu projeté soient atteints. Cette garantie est fournie dans une convention dite *supply or pay agreement*. La société concessionnaire peut également conclure cette convention avec les fournisseurs privés locaux qui figurent parmi sa clientèle.

### **B- Garanties contre le risque de non-transfert de propriété de l'infrastructure**

La capacité d'autofinancement en devises de la plupart des projets *BOT* et ses variantes est parfois inexistante. Par exemple, l'utilisateur local des moyens de transport ou de l'énergie paiera dans sa monnaie nationale, mais le remboursement du prêt qui permettra la construction s'effectuera en devises. L'État concédant devra par conséquent garantir aux investisseurs étrangers non seulement le service de la dette et son remboursement en devises, conformément à l'accord de financement passé entre les banques étrangères et l'entreprise conjointe, mais aussi la transférabilité des profits des investisseurs étrangers et du produit du rachat en devises de leurs parts au terme de la concession<sup>132</sup>.

### **C.- Garanties contre le risque d'expropriation**

Comme pour les anciennes concessions pétrolières, la couverture de la compagnie concessionnaire contre le risque d'expropriation est primordiale dans les projets *BOT*. Pour rentabiliser l'investissement, l'exploitation de l'ouvrage doit aller jusqu'à 25, 30 voire 50 ans et plus. Le risque est par conséquent réel. D'où l'implantation des projets *BOT* dans les pays relativement développés et munis d'un système politique plutôt stable.

---

<sup>132</sup> « Upon transfer of « B shares » in accordance with agreement, Municipality shall pay to the Project Proponents the amount specified in section 11.1 or 11.2, initial investment and these funds shall be paid to accounts designated by the individual Projects Proponents »

Pour atténuer ce risque, les parties doivent prévoir dans l'accord de projet ou la convention *BOT*, une clause dans laquelle l'État renonce à son droit d'exproprier les avoirs de la société concessionnaire et garantit qu'au terme de la concession il rachètera les parts appartenant aux promoteurs étrangers, moyennant un prix dont le calcul est convenu d'avance<sup>133</sup>. Cet engagement ne pourra cependant l'empêcher d'exproprier le moment venu, quitte à indemniser les investisseurs étrangers de manière prompte, effective et adéquate<sup>134</sup>.

Pour se prémunir contre les risques d'expropriation de leurs investissements ou de non-transfert de leurs capitaux, les promoteurs chercheront une protection plus efficace auprès des organismes nationaux ou internationaux d'assurance crédit à l'exportation. Il est significatif de constater que, pour la réalisation d'un projet *BOT*, le consortium constitué peut choisir de sous-traiter l'exécution des travaux à des entreprises de plusieurs pays de l'OCDE par exemple, de manière à profiter de l'assurance crédit à l'exportation que ces pays accordent à leurs sous-traitants<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> « Municipality Remedies: The Municipality hereby agrees that its exclusive remedies against JVC (l'entreprise concessionnaire) and /or the project Proponents (ses actionnaires) under this Agreement, and the municipality hereby waives any other remedies it may have under local legal Requirements ».

<sup>134</sup> Voir François Boulanger, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Economica, Paris 1975, p. 74.

<sup>135</sup> Cf., Sur le projet de construction d'une centrale thermoélectrique en Turquie, Trade Finance Review, novembre 1987, « BOT financing goes into gear » : « If Sea PAC (a consortium of an Australian, an American and Japanese company) has its way, the group will try to multi-source sub-supply contracts among eight, possibly nine, OCDE countries to take advantage of local export credit agency support and reduce the commercial commitment ».

## CHAPITRE III

### Anatomie du volet pré-contentieux de la violation du contrat *BOT*

#### Section 1

#### Expropriation et Nationalisation

Les concepts de nationalisation et d'expropriation ont été dans les époques antérieures sujets à interprétation variée tant au niveau des droits local et international qu'au niveau de la doctrine et de la jurisprudence. Il est généralement admis qu'une propriété est expropriée lorsque l'effet des mesures prises par l'État a été de priver le propriétaire de son titre, sa possession ou du bénéfice et de l'utilité économique de sa propriété<sup>136</sup>. Notre réflexion ne saurait constituer un dépassement des analyses élaborées, selon la nature des litiges dans lesquels ces notions sont évoquées<sup>137</sup>. Elle va plutôt s'inscrire dans le cadre d'une tentative de compréhension de ces deux notions (**Paragraphe 1**) assortie d'une comparaison de leurs caractéristiques et des conditions dans lesquelles la jurisprudence arbitrale les a transformées pour les rendre applicables dans les contrats de concession (**Paragraphe 2**).

#### **Paragraphe 1.- Compréhension des concepts de nationalisation et d'expropriation**

La *nationalisation et l'expropriation* sont deux notions dont la pratique a été et continue d'être au cœur d'une dichotomie entre les pays développés et ceux du sud. D'aucuns ont qualifié ces deux notions comme respectivement la déposssession, la spoliation ou encore la confiscation. D'autres par contre, en particulier les pays en développement, les ont assimilées comme des motifs légitimes émanant de la souveraineté étatique devant

---

<sup>136</sup> Sentence du 17 février 2000, *Compania del Desarrollo de Santa Elena c. République du Costa Rica*, JDI. 1. 2001 p. 152 note 77.

<sup>137</sup> Cf. par exemple G. NEVEU : *deux expériences de nationalisations des pétroles : l'expérience mexicaine et l'expérience iranienne*, Paris, 1954, p. 134 sv. ; J. VIÉNOT, *Nationalisations étrangères et intérêts français*, Paris, 1953, p. 23 et sv.

les activités économiques s'effectuant sur leur territoire ou à l'intérieur de leur ordre juridique.

Nous voulons au passage, souligner que le droit de nationaliser ou d'exproprier des biens étrangers est en général dévolu aux pouvoirs publics, mais les lois d'un certain nombre de pays donnent également ce droit à d'autres entités. Certaines lois autorisent des entités non-publiques exécutant les activités, comme des entreprises ou concessionnaires de services publics<sup>138</sup>, à prendre certaines mesures d'expropriation de biens privés requises pour fournir ou développer les services offerts au public. Toutefois, la participation des pouvoirs publics est toujours requise, dans une certaine mesure. Par exemple, la loi peut disposer que les pouvoirs publics doivent prononcer le décret d'expropriation, la société concessionnaire étant responsable de toutes les mesures ultérieures d'expropriation, y compris le dédommagement des propriétaires.

Pour mieux approfondir les notions de *nationalisation* et d'*expropriation*, il y a lieu d'élargir notre champ de réflexion afin de voir si dans le langage du droit international économique, elles correspondent aux qualificatifs de *dépossession*, *spoliation* ou *confiscation* des biens étrangers. Ces deux notions ont-elles un caractère pluri-définitionnel ?

Selon la doctrine, *expropriation* et *nationalisation* constituent les formes les plus importantes de la *dépossession*<sup>139</sup>. Ces deux notions sont conçues comme des actes de la

---

<sup>138</sup> Par exemple des sociétés de chemin de fer, compagnie d'électricité, compagnie de téléphone.

<sup>139</sup> Selon D. CARREAU et P. JUILLARD. La dépossession est un terme générique que l'on rencontre fréquemment dans les clauses de protection des instruments bilatéraux et qui possède l'extension la plus large et la compréhension la plus étroite. Ce terme n'est pas en outre excellent, parce qu'il implique que l'investisseur n'est jamais privé que du seul droit de possession. Quoi qu'il en soit et dans son acception habituelle, la mesure de dépossession est celle qui prive l'investisseur de ses droits essentiels sur l'investissement au profit de l'autorité, quelles que soient les modalités de cette dépossession, et qu'elle soit ou ne soit pas, en définitive, conforme au droit international. Mais à l'intérieur de la catégories

puissance publique entraînant transfert de propriété du secteur privé au secteur public, mais des différences significatives peuvent être relevées entre l'une et l'autre.

En effet, l'expropriation résulte d'une mesure administrative, alors que la nationalisation résulte d'une mesure législative. L'expropriation se fait sous le contrôle du juge ; alors que souvent, la nationalisation échappe à tout contrôle. L'asymétrie des procédures traduit les réalités économique et juridique. L'expropriation vise des biens individualisés; la nationalisation vise une collection des biens, qui ne sont pas nécessairement individualisés. L'expropriation a pour objet, la satisfaction d'un besoin d'intérêt général mais de portée locale : la nationalisation a pour objet la satisfaction d'un besoin d'intérêt général mais de portée nationale<sup>140</sup>. Ces différences imprègnent la tradition civiliste. Elles ne se retrouvent pas dans les autres traditions, qui connaissent l'expropriation, mais ne connaissent pas la nationalisation, celle-ci étant englobée dans celle-là. Cela nous conduit à examiner la deuxième question à savoir, dans quelle mesure expropriation et nationalisation peuvent s'identifier à une confiscation ?

Dans la perception occidentale du concept, la confiscation est une sanction. Elle punit un comportement individuel, que la loi considère comme répréhensible. Voilà pourquoi la confiscation est considérée comme occupant une place à part dans la catégorie générique des mesures de dépossession, l'expropriation et la nationalisation étant des formes différentes de la restitution. À infraction économique, sanction économique ; la confiscation punit donc, avant tout, les infractions économiques. C'est ainsi qu'en droit français, la confiscation est utilisée pour réprimer certaines infractions en matière de

---

générique des mesures de dépossession, se rencontre un certain nombre de différences spécifiques. Droit international Économique 4<sup>e</sup> édition L.G.D.J. 1998. P.522 et suiv.

<sup>140</sup> IMPÉRIALI, «*Les bénéfices excessifs, une pratique limitée et controversée* », A.F.D.I., 1978, pp. 676-710.

change ou de douane. A la différence de l'expropriation ou de la nationalisation, la confiscation est donc prononcée par le juge, dans le contentieux de la répression.

Le terme spoliation prête souvent à confusion d'autant que certaines formes d'expropriation et de nationalisation s'y rapportent. A la base des conditions d'expropriation et de nationalisation, reconnues par le droit international, se trouve le respect scrupuleux par l'État hôte du principe indemnitaire<sup>141</sup>. Il n'y a rien de plus inadmissible que de laisser la société concessionnaire, supporter seule la charge des dettes encourues auprès des bailleurs de fonds à la suite d'une expropriation ou une nationalisation des infrastructures effectuée par l'État hôte. Lorsqu'il est fait abstraction du droit du concessionnaire à une indemnité en cas de mesure d'expropriation ou de nationalisation, cette mesure au regard du droit international se trouve *illicite* et prend le caractère d'une spoliation.

Nous tenons à préciser qu'en droit international classique<sup>142</sup>, la mesure d'expropriation ou de nationalisation est *licite* lorsqu'elle respecte quatre critères :

elle a été prise pour motif d'intérêt public ;

elle est exempte de toute forme de discrimination ;

elle est assortie d'une indemnité prompte, adéquate et effective ;

l'État ne s'est pas rendu coupable d'un déni de justice.

---

<sup>141</sup> SEIDL HOHENVELDERN, « L'Évaluation des dommages dans les arbitres transnationaux », A.F.D.I., 1987, pp.7-32

<sup>142</sup> V. Martin DOMKE, « *Foreign Nationalizations. Some aspects of contemporary International law* », AJIL 1961, pp. 585 ss. ; Francesco FRANCONI, « *Compensation for the Nationalization of Foreign Property : The Borderland Between Law and Equity* », ICLQ 1975, pp. 255 ss. ; Ghislain OTIS, « *La nationalisation partielle de l'amiante au Québec au regard du droit international public* », RQDI 1984, pp. 117 ss, spéc. pp. 141 ss ; Gillian White, *Nationalization of Foreign Property*, Londres, 1961, pp. 119ss. (ci-après White, *Nationalization* ) ; Rosalyn HIGGINS, « *The taking of Property by state : Recent Developments in International Law* », RCADI 1982 III, pp. 259 ss.

Ces éléments constitutifs relatifs à la licéité de la mesure d'expropriation ou de nationalisation ont été sujets d'interprétation diamétralement opposés voire non conciliables. Le débat dépasse le cadre de cette étude, qui s'intéresse plutôt à la gestion juridique du droit d'exproprier ou de nationaliser un projet *BOT* ou apparenté.

**Paragraphe 2 : Incidence et gestion des notions d'expropriation et de nationalisation dans les projets d'infrastructure sous les formules *BOT* ou apparentées**

Nous venons d'examiner le caractère illicite des expropriations et nationalisations et les conditions dans lesquelles elles peuvent s'exercer de façon licite en droit international. Le droit international n'interdit pas les clauses anti-nationalisation et anti-expropriation. D'ailleurs l'arbitre dans la Sentence arbitrale Compania del Desarrollo de Santa Elena précitée, faisant allusion des pouvoirs publics du Costa Rica, a admis que « le droit international permet au Gouvernement du Costa Rica d'exproprier une propriété détenue par des étrangers dans son territoire dans un but **d'intérêt général** en contre partie du paiement rapide d'une indemnisation **adéquate** et **effective**. Même des mesures d'expropriation prises dans le but d'intérêt général n'échappent pas à l'indemnisation »<sup>143</sup>.

Nous comprenons qu'en dépit des éléments classiques qui constituent la licéité de l'expropriation ou de la nationalisation, cités dans le paragraphe 1 de cette section, le

---

<sup>143</sup> « Bien qu'une expropriation ou une mesure prise pour des raisons environnementales puisse être classée dans les mesures d'intérêt général, et qu'elle soit donc légitime, le fait que la propriété ait été expropriée pour cette raison n'affecte ni la nature ni la mesure de l'indemnisation due pour cette expropriation. En d'autres termes, le but de protection de l'environnement pour lequel la Propriété a été expropriée n'affecte pas le caractère légal de l'expropriation pour lequel une expropriation adéquate doit être payée » « Des mesures environnementales d'expropriation, aussi louables et bénéfiques à la société en général puissent-elles être, sont à cet égard similaires à d'autres mesures d'expropriation qu'un État peut prendre pour mettre en œuvre ses politiques : lorsqu'une propriété fait l'objet d'une expropriation, même dans un but environnemental, qu'il soit interne ou international, l'obligation de l'État de payer une indemnisation demeure », Sentence Compania del Desarrollo de Santa Elena c/ Costa Rica note 32, J.D.I. I, 2001 notes 71-72.

véritable problème réside sur les conséquences financières du droit étatique d'exproprier ou de nationaliser un projet BOT ou projet apparenté.

En effet, les risques financiers encourus par le promoteur, ainsi que ses profits peuvent s'envoler avec les mesures étatiques d'expropriation ou de nationalisation de l'une ou plusieurs infrastructures construites sous la formule BOT et apparentée. L'investisseur ne demande rien d'autre qu'à être indemnisé. Pourtant certains pays incriminés n'arrivent pas à indemniser le concessionnaire pour diverses raisons. L'une d'entre elles est la pauvreté et la dette publique. En effet, ces pays sont souvent pauvres ou surendettés. Dans cette optique, deux solutions sont envisageables : étant donné que l'expropriation et la nationalisation figurent parmi les risques politiques prévus et traités par l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), instituée par une convention multilatérale en date de 1985, la Convention de Séoul, il serait nécessaire que le promoteur puisse recourir aux garanties qu'offre cette institution. Le promoteur peut aussi consulter d'autres assureurs institutionnels ou privés. Cependant il est rare de trouver des assureurs qui couvrent les risques politiques.

La deuxième solution qui se présente est préventive. Si l'État hôte au nom de la souveraineté ou encore de l'intérêt général peut exercer son droit licite d'expropriation ou de nationalisation, il est aussi libre de consentir le droit de s'engager souverainement par le biais de l'accord de projet, d'une législation nationale, des instruments multilatéraux ou bilatéraux, à ne pas faire exercice de son droit souverain d'exproprier ou de nationaliser<sup>144</sup> les investissements internationaux. Cette renonciation le lierait avec ses cocontractants, dès lors qu'elle serait légalement établie.

---

<sup>144</sup>Cette question a bien été étudiée par Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international Économique*, 4<sup>e</sup> édition, L.G.D.J 1998, p. 524 et s.

## **Section 2**

### **Rupture unilatérale du contrat *BOT***

La rupture unilatérale du contrat *BOT*, peut sous-entendre une suspension ou une interruption inexcusable de la réalisation ou de la construction de l'infrastructure par l'une des parties. Elle est à priori un manquement grave aux obligations contractuelles qui lient les parties au contrat *BOT*. Le principe est qu'en droit des investissements et en matière *BOT* en particulier, nul ne peut causer la rupture volontaire sans motif légitime. Cependant cette rupture lorsqu'elle constitue une clause prévue et définie par le contrat peut être une solution pour l'une autre partie de résilier le contrat lorsque l'exécution de leurs obligations est rendue impossible par des événements échappant<sup>145</sup> ou non<sup>146</sup> à leur contrôle raisonnable. Les événements échappant à leur contrôle ayant été l'objet d'un examen, nous nous attacherons sous cette rubrique, aux événements que les parties, contrôlent. Lorsqu'elles sont prévues et sont licites, les conditions dans lesquelles les ruptures ou la résiliation du contrat doit s'effectuer doivent figurer dans l'accord de projet. C'est pourquoi nous nous pencherons dans l'étude qui suit, sur la résiliation par l'État contractant (**Paragraphe 1**) d'une part et par le concessionnaire de l'autre (**Paragraphe 2**).

#### **Paragraphe 1 : Résiliation par l'État d'accueil du projet**

Les autorités du pays d'implantation du projet ont le devoir de faire en sorte que les services publics soient fournis, conformément aux lois et règlements ainsi que des dispositions contractuelles applicables.

---

<sup>145</sup> Voir le chapitre sur les catastrophes naturelles ou la force majeure de la présente étude.

<sup>146</sup> Voir le précédent chapitre sur les expropriations et les nationalisations.

L'État hôte devrait avoir le droit de résilier le contrat *BOT*. Cependant les motifs qui peuvent conduire à cette résiliation étatique, sont nombreux et identifiés à tous les stades du développement du projet c'est-à-dire avant, pendant la construction et pendant la phase de l'exploitation de l'infrastructure :

- lorsqu'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations en raison de son insolvabilité<sup>147</sup>, d'une défaillance grave ou pour d'autres motifs tels que l'incapacité du concessionnaire d'obtenir les moyens financiers nécessaires, de signer la convention *BOT* ou de créer la société ou encore le consortium de projet, dans le délai requis, avant le début de la construction de l'infrastructure ; l'incapacité d'obtenir les licences ou les autorisations nécessaires pour mener l'activité qui fait l'objet de la concession avec certaines réserves<sup>148</sup> ; l'incapacité d'entreprendre la construction de l'ouvrage, de commencer à exécuter le projet ou de soumettre les plans et les études techniques nécessaires dans un délai fixé à partir de l'octroi de la concession.
- Pour des raisons d'intérêt général, sous réserve de l'octroi au concessionnaire de dommages-intérêts.

Les parties peuvent s'inspirer par exemple des investisseurs arabes qui bénéficient de la protection de deux conventions<sup>149</sup> en vertu desquelles les mesures ayant pour effet l'expropriation, la nationalisation ou la rupture d'un contrat, doivent être décrétées dans l'intérêt général et ne peuvent être discriminatoires et sont assorties du versement, dans

---

<sup>147</sup> L'insolvabilité est une dérogation au principe général dévolu aux parties d'assurer en permanence les services d'infrastructure.

<sup>148</sup> Le concessionnaire ne devrait pas subir les conséquences de l'inaction ou d'une erreur de la part des autorités publiques du pays hôte, par exemple, la résiliation de la convention *BOT* ne devrait pas normalement être justifiée lorsque le concessionnaire, pour des raisons indépendantes de sa volonté, ne parvient pas à obtenir auprès des pouvoirs publics, dans les délais convenus, les licences et autorisations requises.

<sup>149</sup> Convention arabe unifiée sur l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes, signée à Amman, le 27 novembre 1980, en vigueur dès septembre 1981, *RTD 1981*, pp. 227ss. ; Convention relative à l'encouragement, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de la Conférence islamique, signée à Jeddah le 10 juin 1982, en vigueur dès 1984, *RTD 1984*, pp. 414 ss.

le délai maximum d'une année, d'une indemnité juste, effective et équivalente au préjudice subi<sup>150</sup>; l'accès aux tribunaux locaux est en outre garanti<sup>151</sup>.

### **Paragraphe 2 : Résiliation par le concessionnaire du projet**

Le droit de résilier un contrat *BOT* par le concessionnaire peut intervenir dans les cas exceptionnels prévus d'avance dans l'accord de projet, tels qu'une défaillance grave de l'État hôte ou d'une autre autorité publique de cet État, dans l'exécution de ses obligations. Ou encore l'exécution des obligations du concessionnaire rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'ordre de modification ou d'autres actes des pouvoirs publics, et absence de convention entre les parties sur une éventuelle révision appropriée de l'accord de projet. Pour contourner des actes de la puissance publique destinés à détourner l'investissement privé, il faut faire jouer comme nous le verrons les mécanismes prévus par les clauses de force majeure mais surtout de *hardship*.

### **Paragraphe 3 : Extension de la résiliation : abandon volontaire du projet en cours de construction**

De nombreux projets *BOT* ont été dans le passé victimes d'un abandon volontaire de la part de la société concessionnaire ou du consortium de projet<sup>152</sup> parfois même sans déclarer faillite. C'est pour cette raison que le gouvernement hôte (au besoin épaulé par le parlement de cet État), doit demeurer vigilant pour déceler à temps les manquements de la part de son partenaire étranger et y remédier. Si c'est le cas, le gouvernement a le droit de résilier le contrat *BOT* :

---

<sup>150</sup> Voir les articles 9 et 10 des deux conventions (traduction libre).

<sup>151</sup> SHEBAB, *REDI* 1983, pp. 3 s.

<sup>152</sup> Surtout dans les pays en développement ou les sociétés ressortissantes des États super puissants pour des raisons non transparentes, abandonnent des projets en cours de construction et bénéficient une exemption de poursuite de la part de certaines autorités corrompues. Ses sociétés qui ne payent que des taxes ombrageuses disparaissent souvent dans la nature.

- lorsque le concessionnaire présente une incapacité inexcusable d'achever les travaux dans les délais convenus et éprouve une incapacité notoire de respecter les règles de construction, les spécifications ou la conception minimale ainsi que les normes de résultat ; lorsqu'il éprouve l'incapacité de fournir ou de renouveler les garanties requises dans les conditions convenues; lorsqu'il commet une violation des obligations légales ou contraventions essentielles<sup>153</sup>.

### **Section 3**

#### **Interruption du projet *BOT* causée par des catastrophes naturelles**

La catastrophe naturelle est l'un des événements imprévus qui échappent au contrôle des parties. La pratique internationale montre qu'il est souvent difficile de déterminer la responsabilité des parties contractantes devant des événements qui échappent à leur contrôle, à l'origine d'une interruption des travaux du projet de type *BOT*. Il y a plusieurs catastrophes, certaines sont de *nature physique*, inondation, tempête, tremblement de terre ou séisme etc., d'autres résultent de *l'action de l'homme*, guerre, émeutes ou attentats terroristes. Tous sont des événements qui revêtent un caractère *imprévisible et extraordinaire* et peuvent entraîner une interruption définitive (lorsque ce risque est mal géré) ou temporaire de l'exécution du projet *BOT* ou l'exploitation de l'ouvrage, avec pour conséquence un retard dans la construction, une perte de recettes et d'autres pertes, sachant que les événements graves peuvent causer des dommages physiques, voire des destructions irréparables. A ce stade, la question qui se pose est laquelle des différentes parties supporte les risques liés à l'interruption du projet intervenue à la suite des catastrophes tant naturelles qu'humaines. Nous tenterons de répondre à cette question, en examinant la théorie de l'imprévision et ses limites (**paragraphe 1**) ainsi que le principe du *hardship* (**paragraphe 2**).

---

<sup>153</sup> La notion de contravention essentielle doit être définie par le droit national du pays d'accueil du projet.

## Paragraphe 1 : Cas de force majeure et gestion juridique de la théorie de l'imprévision en matière des projets *BOT*

La question de force majeure autour de laquelle s'est développée la théorie de l'imprévision a fait jusqu'ici l'objet d'une abondante littérature<sup>154</sup> surtout en matière de droit international économique<sup>155</sup>, précisément dans le domaine du droit des investissements. Pour les droits nationaux de tradition romaniste, la force majeure est un événement inévitable, extérieur à la volonté du débiteur, qui rend absolument impossible l'exécution de l'obligation<sup>156</sup>. Cependant cette notion n'est pas connue de tous les systèmes juridiques a fortiori ceux qui ont été érigés expressément pour les projets *BOT*, et là où elle est accueillie, elle ne manque pas de subir des interprétations divergentes. Au-delà de celles-ci se situent trois problèmes majeurs :

Il se pose en premier lieu, le problème juridique de qualification de la force majeure dans le contexte d'une convention *BOT*. La réponse à cette question est à trouver soit dans la loi du pays d'accueil du projet soit dans l'accord de projet ou la convention *BOT*. Voilà pourquoi il est indispensable que la volonté des parties repose sur une clause de force majeure qui soit non seulement évidente, adaptable mais aussi extensive de façon qu'elle couvre suffisamment d'événements reconnus au plan international comme traditionnellement faisant partie de cas de force majeure. A défaut d'avoir prévu une

---

<sup>154</sup> Ce qui démontre que dans un projet de construction d'infrastructure, l'obligation de l'entrepreneur d'obtenir un certain résultat technique n'est pas absolue. Les entrepreneurs ne sont pas des héros. Cf. Philippe Kahn, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *JDI*, 1975, p. 476. ; il faut rappeler qu'une construction quelle qu'elle soit, est entreprise dans les limites du possible légal et matériel. Ce principe est généralement admis par tous les droits nationaux et les cahiers -types les plus largement utilisés. Il est également consacré par les *Conditions FIDIC* « À moins que cela ne soit légalement ou physiquement impossible, l'entrepreneur doit procéder à l'exécution complète du marché... ». Cf. clause 13.1 ; « S'il survient une circonstance en dehors du contrôle des deux parties qui rend l'exécution de leurs obligations impossible ou illégale pour l'une ou l'autre partie ». Cf. clause 66.1

<sup>155</sup> La notion de force majeure est souvent évoquée dans les usages commerciaux. H.J. BERMAN, *Non-performance and force majeure in International Trade Contracts, dans Problèmes de l'inexécution et de la force majeure dans les contrats de vente internationale*, Ass. Int. Sc. Jur., Helsinki, 1961, p.32.

<sup>156</sup> En droit français par exemple, la force majeure est un événement extérieur, imprévisible et irrésistible qui empêche une partie d'accomplir son obligation. Cf. Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil, Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., p. 453.

clause de force majeure dans l'accord du projet par les parties ou dans loi du pays d'implantation du projet, il peut être fait référence aux textes du droit international.

Le deuxième problème qui se pose après avoir qualifié la force majeure, est celui de déterminer si le concessionnaire en tant que débiteur doit être exonéré de sa responsabilité ? Certes la survenance d'un événement de force majeure va empêcher, au moins provisoirement, l'exécution de certaines obligations nées du contrat, dans des conditions excluant toute responsabilité du débiteur ou de l'entrepreneur<sup>157</sup>. Il serait anormal, vu le volume des capitaux investis pour la réalisation d'un projet *BOT*, et les dettes contractées par la société concessionnaire de ne pas lui accorder une telle exonération.

Nous croyons opportune la dispense de la proposition d'une clause type de force majeure, c'est pourquoi, il nous paraît plus adéquat d'orienter les praticiens vers des lectures qui font un inventaire des différents aspects de la clause de force majeure<sup>158</sup>, avec indication des variantes disponibles et les mises en garde nécessaires<sup>159</sup>. Celle qui de façon approximative correspond à cette description est à découvrir dans le Guide *FIDIC*. En effet, *les conditions FIDIC* mettent à la charge du maître de l'ouvrage un certain nombre de risques provenant d'événements qui échappent au contrôle des

---

<sup>157</sup> Voici quelques exemples « The contractor shall not be responsible for any harm or damages that are due to force majeure... », « Neither party shall be deemed to be in default of its contractual obligations whilst performance thereof is prevented by force majeure ... » ; « No indemnity shall be claimed by either party in case of force majeure » ; « Pour les retards et non-exécution des obligations dus à la force majeure, aucune partie ne peut réclamer à l'autre des pénalités, des intérêts ou tout autre dédommagement ou participation au préjudice souffert par elle à cause de la force majeure »

<sup>158</sup> Cf. Marcel Fontaine in *Droit des contrats internationaux : Analyse et rédaction des clauses* FEDUCI, FEC, 1989, p. 211 et ss.

<sup>159</sup> L'analyse des clauses issues de la pratique révèle en effet la mauvaise qualité de nombreuses rédactions : imprécisions, ambiguïtés, lacunes, d'où certaines publications au lieu de présenter une clause modèle de force majeure, étalent toute une variété, pour que chaque rédacteur y puise les matériaux adéquats pour construire lui-même la clause la mieux adaptée à son contrat. Tel est également l'approche de la C.N.U.D.C.I à propos des contrats de construction de grands ensembles industriels (*Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the construction of Industrial Works*, New York, 1988, pp. 233-240 (exemption clauses).

parties<sup>160</sup> et qui pourraient constituer des cas de force majeure s'ils réunissaient les autres conditions de la clause 66.1 précitée, et en particulier l'impossibilité d'exécution<sup>161</sup>.

Dans notre étude concernant les projets *BOT*, la théorie de l'imprévision a un fondement palliatif de risques, puisqu'elle reconnaît dans certaines circonstances au concessionnaire le droit à une indemnisation lorsque l'équilibre économique de la poursuite de son activité est gravement menacé en raison d'un ou plusieurs événements imprévisibles, déjouant tous les calculs ayant pu être envisagés par les parties lors de la passation du contrat<sup>162</sup>. L'état d'imprévision est constaté dès qu'un événement extérieur à la volonté des parties vient profondément bouleverser l'économie du contrat. On comprend que ce principe soit particulièrement adapté surtout à la situation des pays émergents. Les conditions de sa mise en œuvre sont également intéressantes puisque le constat d'imprévision autorise le versement d'une *indemnité* qui est calculée sur la base des pertes subies par l'entrepreneur. Cette indemnité a pour objectif de rétablir l'équilibre financier de la société concessionnaire de façon à lui permettre de poursuivre son activité de service public relative au projet *BOT*. Pour illustrer ce constat nous avons cru opportun de rapporter l'exemple d'une clause contractuelle, générale d'indemnisation :

*« Les investisseurs d'une partie contractante qui subissent un préjudice parce que les investissements ou leurs revenus sur le territoire de l'autre Partie contractante sont compromis en raison d'un conflit armé, d'une urgence nationale ou d'une catastrophe naturelle sur ce territoire se voient accorder par l'autre Partie contractante, pour ce*

---

<sup>160</sup> Cf. clauses 20.4 et 65.2.

<sup>161</sup> Cf. *Conditions FIDIC E&M, clause 44.1*.

<sup>162</sup> Compagnie générale de Bordeaux, CE, 30/03/ 1916.

*qui est la restitution, de l'indemnisation ou de la réparation à laquelle ils peuvent avoir droit, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un État tiers »<sup>163</sup>.*

Cette clause précitée, figure dans une convention bilatérale qui régit les rapports contractuels de protection des investissements entre deux États et non un État et une entreprise étrangère. En effet, dans le cas des projets d'infrastructure traditionnels réalisés par le secteur public, l'État ou l'entité publique concernée, supportent généralement le risque par exemple de destruction de l'infrastructure par une catastrophe naturelle ou par un événement analogue (guerres, troubles civils, tornade etc.) dans la mesure où ce risque ne peut toujours être assuré.

Dans le cas des projets *BOT*, les pouvoirs publics préfèrent que ce type de risques soit supporté par la société concessionnaire. Toutefois, selon la façon dont elle évalue ces risques particuliers dans le pays hôte, la société concessionnaire peut ne pas être disposée à les supporter. Il n'existe donc pas, en pratique, de solution unique pour couvrir cette catégorie de risques et des arrangements spéciaux sont souvent conclus pour chacun d'eux.

Le troisième problème est celui enfin, de distinguer les événements qui caractérisent la force majeure naturelle de la force majeure politique. La force majeure naturelle envisage l'hypothèse où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser définitivement les conditions d'exécution du contrat, de telle sorte que la société concessionnaire n'est plus en mesure d'équilibrer ses dépenses et ses recettes en

---

<sup>163</sup> Art. VII, de l'Accord entre le Gouvernement du Canada et la République des Philippines pour l'Encouragement et la Protection des investissements, signé à Manille, le 09 novembre 1995, en vigueur le 13 novembre 1996, TREATY SERIES 1996/46.

poursuivant l'exploitation du service public, du projet *BOT*. A la différence de la force majeure politique (nationalisation, expropriation) il n'est pas exigé que l'exécution du contrat soit rendue impossible pour que l'une des parties puisse ouvrir un droit de résiliation du contrat avec l'opérateur privé. En l'absence de faute de ce dernier, son retrait peut encore donner lieu à une indemnisation<sup>164</sup>. Ici aussi le procédé réparateur n'est pas absolu puisqu'il peut faire l'objet d'un autre arrangement.

Ainsi, les parties peuvent convenir que la réalisation d'un de ces événements de force majeure dispense la partie affectée de se conformer aux dispositions relatives au défaut d'exécution dans l'accord de projet, auquel cas des arrangements contractuels prévoient des solutions à certaines conséquences néfastes de ces événements comme l'extension du contrat en vue de compenser le retard dû aux dits événements, voire dans certaines circonstances, une forme de versement direct. Ces arrangements seront par exemple complétés par une assurance commerciale contractée, s'il s'en trouve pour un coût abordable, par la société concessionnaire.

Il est conseillé en définitive à la société concessionnaire pour ce qui est la survenance d'événements de force majeure affectant le calendrier de construction de l'infrastructure, de ne pas envisager uniquement la solution traditionnelle qui consiste à repousser la date contractuelle de mise en service. Certes, dans bien de cas cette solution a eu des effets positifs.

Toutefois dans l'hypothèse où le concessionnaire envisage une solution différente, il lui est indispensable d'insister à ce que la définition de la force majeure soit la plus large possible lors de la négociation des termes du contrat *BOT*.

---

<sup>164</sup> Compagnie des tramways de Cherbourg, CE, 09/12/1032.

Une simple référence au concept de force majeure tel que compris dans le système juridique applicable à l'accord de projet, risque très souvent de ne pas suffire si la loi du pays hôte entend la force majeure de manière restrictive. La société concessionnaire, aura l'avantage donc à définir cette notion dans l'accord ou la convention *BOT* de manière extensive, en lisant notamment les événements qui bien que, ne répondant pas aux critères classiques de la loi applicable, sont constitués par le consentement des parties comme des cas de force majeure.

Enfin peuvent ainsi entrer dans cette catégorie les difficultés techniques ou obstacles raisonnablement imprévisibles, comme la découverte d'un site archéologique sur les lieux des travaux.

### **Paragraphe 2 : Contrat de concession *BOT* et clause du *Hardship***

Nous avons vu que la force majeure est une notion classique du droit romain, et qu'elle est caractérisée par des obstacles précités pouvant surprendre la volonté contractuelle des parties et empêcher ipso-facto l'exécution du contrat ou la poursuite du projet *BOT*. Il n'y a point cloison étanche entre la clause du *hardship* et la force majeure en ce que les événements en cause, de part et d'autre, doivent en principe être *imprévisibles* et *inévitables*. Mais alors que la force majeure rend normalement impossible l'exécution du contrat *BOT*, la clause contractuelle de *hardship* à vocation de couvrir tout changement imprévu et conduit à une réouverture des négociations qui aboutissent à une adaptation dudit contrat à ce changement des conditions de son exécution<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> Stefan Martin, *Pour la réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois* (1993) 34 C. de D., 599.

L'économie du contrat de concession *BOT* est bouleversée, mais il reste possible de l'exécuter puisque la clause de hardship prévoit l'obligation pour les parties de procéder à la renégociation pour réadapter le contrat *BOT* à la nouvelle situation. Cela est possible grâce à des clauses spécifiques d'application automatique ou quasi-automatique, telles les clauses d'indexation monétaire, de révision de prix selon les variations du marché, d'ajustement quantitatif, d'offre concurrente<sup>166</sup>, du concessionnaire le plus favorisé<sup>167</sup> ou simplement par une clause générale de hardship.

#### **A.- Mise en œuvre de la clause de Hardship dans le contrat de concession *BOT***

Il est vital dans les relations contractuelles relatives à l'installation d'un projet *BOT*, qu'il y ait une bonne gestion de l'imprévisible susceptible de rendre impossible leur continuité. Dans ce contexte, les parties doivent insérer de façon consensuelle dans l'accord du projet, une clause qui les obligera le cas échéant de s'ouvrir à la renégociation du contrat. Faute de prévoir une telle clause dans l'accord de projet, la solution risque de provenir des droits nationaux. Or il existe une diversité des positions quant à l'existence ou non du statut juridique de l'imprévision au niveau des ordres juridiques nationaux. D'un côté, il y a les systèmes juridiques français, québécois<sup>168</sup> et anglo-américains<sup>169</sup> qui privilégient la fixité des règles contractuelles : les parties doivent absolument exécuter leurs obligations contractuelles, nonobstant les difficultés. Toutefois en tenant compte de la nature des difficultés, seules les circonstances

---

<sup>166</sup> Par exemple dans un contrat de vente, le vendeur s'engage à consentir à son acheteur sur les quantités prévues au contrat une baisse du prix égale à celle pratiquée par ses concurrents.

<sup>167</sup> L'État hôte s'engage à faire bénéficier la société concessionnaire actuel, des avantages qu'il pourrait être appelé à accorder des concessionnaires ultérieurs.

<sup>168</sup> Stefan Martin, *Pour la réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois* (1993) 34 C. de D., 599

<sup>169</sup> Voir l'arrêt de principe un peu vieux, *Jackson c. Union Marine Insurance Co. Ltd*, (1874) L.R., 10 C.P., p 251 ; Voir aussi l'arrêt relativement moins vieux, *Aluminium Co. of America c Essex Group Inc.* (499 F. Supp. 5300 D.C.W.Dpa. cité par Bruner Philip, «*Allocation of Risks in International Construction* » (1986) 3 I.C.L.R., part.3, p. 274.

exceptionnelles mettant en péril le contrat *BOT* peuvent permettre son adaptation forcée par voie judiciaire.

De l'autre côté, les droits suisse<sup>170</sup>, espagnol, italien et allemand<sup>171</sup> sont plus flexibles et se placent dans la perspective de l'acceptation de l'imprévision.

### **B.- L'échec de l'obligation de négociation**

Pour préserver le contrat d'un vide juridique difficile à gérer, les parties doivent prévoir dans leur clause de *hardship* différentes solutions en cas d'échec des négociations. Par exemple, il peut être fait mention des possibilités soit de la résiliation définitive du contrat *BOT*, soit de son maintien ou alors de son adaptation forcée par un arbitre.

Si les parties se réfèrent, dans leur clause, à un critère objectif qu'est l'équilibre initial des rapports contractuels<sup>172</sup>, l'arbitre se voit confier une tâche limitée qui consiste simplement à apprécier le bouleversement intervenu au niveau des bases économiques du contrat. Les problèmes d'appréciation peuvent, toutefois être graves, lorsque les parties font simplement référence à l'équité comme critère pour qualifier les conséquences du changement sur le contrat<sup>173</sup>. Il est important que la clause de *hardship* puisse prévoir la compétence attributive d'adaptation de l'arbitre<sup>174</sup> en substitution ou en

---

<sup>170</sup> Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel éd.. Ides et Calendes, 1973, no 251 ; voir aussi le *Code civil et le Code des obligations*, annotés, Lausanne, Payot, 1972, (articles 1et 2),

<sup>171</sup> Sparwasser, Reinhard, rapport allemand, *Les modifications du contrat en cours de son exécution de circonstances nouvelles, sous la direction de René Rodière*, Paris, Pédone (1986), p. 126.

<sup>172</sup> Nous illustrons à cet égard notre affirmation par une clause modèle que voici : « Au cas où des circonstances... surviendraient ultérieurement et bouleverseraient l'équilibre des relations entre parties, rendant pour l'une d'elles l'exécution du contrat non point impossible, mais à ce point onéreuse que la charge en dépasserait toutes les précisions faites par les parties lors de la conclusion du contrat... ».

<sup>173</sup> On peut citer une clause qui contient une formulation dans ce sens. « ... L'une des parties aurait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait pas équitablement lui demander de supporter ; ... les parties se mettraient d'accord pour adapter les conditions du présent contrat à la nouvelle situation d'une façon équitable pour les deux contractants. »

<sup>174</sup> Voir Prujiner A, *L'adaptation forcée du contrat par l'arbitrage*, (1992) 37 R.D. McGill, 429.

complément de la compétence de faire appliquer les contrats qu'il détient habituellement.

Les rédacteurs peuvent maintenant s'inspirer d'un modèle international connu sous le nom des *Principes d'Unidroit*<sup>175</sup>.

Il nous paraît important de noter que la clause de *hardship*, peut aussi apparaître lorsque dans un contrat *BOT*, un *déséquilibre de force* existe entre les cocontractants : la partie la plus forte peut alors imposer l'insertion d'une telle cause, libellée de manière à jouer unilatéralement, en sa faveur.

#### **Section 4**

### **La question de non finalisation du projet, provoquée par le phénomène du terrorisme**

Lorsque nous avons eu l'idée de présenter notre plan et d'y insérer la question des effets du terrorisme sur les contrats de concession notamment l'interruption qu'il peut occasionner sur un projet *BOT* en cours de réalisation ou d'exploitation, nous ne savions pas que nous anticipions sur des réflexions dans un domaine qui devraient préoccuper autant la communauté internationale<sup>176</sup>. Aujourd'hui la définition et la lutte contre le terrorisme est une question d'actualité et fait l'objet des analyses variées aux plans politique, diplomatique, économique et socio-culturel. Même si l'évocation de ce thème peut susciter mures réflexions juridiques à venir<sup>177</sup>, orientées aussi vers diverses

---

<sup>175</sup> Voir par exemple, BERAUDO Jean Paul, *Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international*, *Juris-Classeur Période, Semaine Juridique, doctrine*, 3842, 1995, pp.194, avec annexe, « Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international », 67399, pp. 237-246.

<sup>176</sup> Sans perdre de vue les années 1995 et 1996 qui ont été en France un triste symbole, après les attentats sanglants commis à Paris aux stations Saint-Michel et Port-Royal du RER. Mais aussi à cause des attentats terroristes du 11 septembre 2001 en lieu et place de la finance mondiale, les Walls Trade Center à New York.

<sup>177</sup> On peut se demander par exemple, quels sont les Gouvernements qui sont terroristes et ceux qui ne le sont pas. Quelles sont les conditions objectives par lesquelles on détermine qu'un pays ou organisation est

branches de droit, il n'empêche que notre réflexion est originale puisqu'elle est la première qui envisage le terrorisme, notion de droit pénal en interaction avec le droit des investissements, en ce qu'elle peut inspirer les penseurs et les spécialistes dans ces domaines.

C'est pourquoi, nous avons choisi de traiter la question du terrorisme dans un cadre restreint, qui concerne rigoureusement les investissements en général et particulièrement les contrats *BOT*. Mais avant tout qu'est ce que le terrorisme ?

#### **A.- Difficulté de définir le terrorisme**

Le terrorisme est une notion difficile à définir<sup>178</sup>. En France ce n'est qu'à la faveur de la réforme du Code pénal, puis de la loi no 96-647 du 22 juillet 1996 (J.O. 23 juill.), que le terrorisme est devenu une infraction autonome, par référence à des actes bien définis. Il est vrai que cette autonomie est plus le fait de pénalités aggravées que d'éléments originaux de définition. Dans l'état actuel du débat, la Communauté internationale souffre d'un déficit de solidarité sur le sens à donner au concept « terrorisme » et par conséquent les instruments internationaux qui tentent de le combattre s'abstiennent de définir ce concept d'une complexité qu'il ne faut pas mésestimer<sup>179</sup>. Au Canada avant

---

terroriste ? Les pays vendeurs ou distributeurs des armes légères et lourdes sont-ils terroristes ? Autant de questions indisposent la communauté des penseurs.

<sup>178</sup> En France par exemple, en l'absence d'une loi antiterroriste qui définisse le terrorisme, on trouvait avant la date de la réforme du Code pénal, qu'une politique codifiée, ce qui témoigne d'une réaction écrite dans la durée, au titre des dispositions essentiellement réparties entre trois codes : le Nouveau code pénal pour ce qui est de la part substantielle (art. 421 et s.), le code de procédure pénal relativement aux règles de poursuite, d'instruction et de jugement (art. 706-16 et s.), et le code des assurances pour la réparation des dommages (art. L. 126-1 et L.422-1 et s.).

<sup>179</sup> Deux résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies, méritent d'être citées dans lesquelles se trouvent formulées des définitions du terrorisme : Déclaration de 1994 pour éliminer le terrorisme, A/RES/49/60, 17 february 1995 : « Criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes are in any circumstance unjustifiable, whatever the considerations of a political, philosophical, idéologique, racial, ethnic, religious or any other nature that may be invoked to justify them »

*Mesures visant à éliminer le terrorisme international*, A/RES/51/210, 16 janvier 1997 : « Réitère que les actes criminels qui, à des fins politiques, sont conçus ou calculés pour provoquer la terreur dans la

les événements dramatiques de Wall street Center à New York, seule la *Loi* canadienne de l'immigration<sup>180</sup> prévoyait, en l'absence d'une définition autonome<sup>181</sup>, des infractions en matière de terrorisme. Le législateur canadien, voulant éviter la répétition des tentatives avortées de définir le terrorisme, s'est doté d'une loi C-36, qui introduit pour la première fois en droit canadien une définition juridique du terrorisme. Malheureusement, la lecture des définitions proposées révèle que leur champ d'application est beaucoup trop vaste et qu'il contraste avec nombreuses dispositions du Code criminel relevant des droits communs<sup>182</sup>.

### **B.-- Tentative de définition**

Sans prétendre réussir à définir le terrorisme de manière satisfaisante là où des éminents penseurs ont eu des difficultés, nous pouvons le concevoir comme *un ensemble d'actes de violence commis par un État, plusieurs États ou une ou plusieurs organisations ou encore en complicité pour créer un climat d'insécurité à des paisibles populations ou renverser le gouvernement établi, afin d'atteindre un objectif*. Cet objectif peut être une revendication d'ordre religieux, politique, économique, culturel ou social. Le terrorisme est donc une criminalité redoutée à la fois pour ses manifestations et ses conséquences. Il peut frapper aussi bien les personnes physiques que des personnes morales et des biens. Le terrorisme peut aussi se manifester dans le domaine de l'aviation et le domaine

---

population, un groupe de personnes ou chez des individus sont injustifiables, en toutes circonstances et quels que soient les motifs de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou un autre invoqués pour les justifier ».

<sup>180</sup> *Loi sur l'immigration* L.R.C. 1985, ch. I-2.

<sup>181</sup> La *Loi canadienne sur l'immigration* n'offre aucune décision du terrorisme parce que le législateur s'est avéré incapable d'arrêter une définition qui soit suffisamment précise et qu'il a préféré s'en remettre aux tribunaux. V. les propos de M. le juge Denault dans l'arrêt *Mansour Ahani*, DES-4-93, 17 avril 1998, paragr.21 ; A l'instar du législateur, les tribunaux à leur tour ont éprouvé des sérieuses difficultés de définir à travers une jurisprudence qui donne à l'expression "terroriste" un sens vague, qui n'est ni constant, ni établi.

<sup>182</sup> Pour les critiques à l'égard de la Loi C-36, voir *Projet de La loi C-36 (Loi antiterroriste)*, *Document d'analyse juridique*, Denis Barette, Jean-Claude Bernheim, Marie- Louise Côté, Julius Grey, Pascal Lescarbeau, Michel Poirier, Philippe Robert de Massy, William Sloan, avocats, novembre 2001.

naval<sup>183</sup> sans oublier les infrastructures ferroviaires et routières. Il est donc une arme de guerre dans une société en paix, ce qui en rend la maîtrise difficile.

Nous soulignons en passant que le terrorisme tout au moins les éléments qui le constituent, doivent en principe être qualifiés<sup>184</sup> par un tribunal<sup>185</sup> et non par un État super puissant. Or la tendance actuelle s'exprime en sens inverse. En plus, le terrorisme relève du droit pénal et non du droit des investissements<sup>186</sup>. Toutefois on peut établir un lien juridique entre les deux branches de droit lorsque le terrorisme frappe non pas seulement la population mais aussi les investissements. Ce lien s'articule sur le terrain de la territorialité (1) d'une part et de la responsabilité et de l'indemnisation (2), de l'autre.

### *1.- Le terrorisme et le principe de territorialité*

Si nous pouvons convenir que le terrorisme est un crime contre l'humanité à des degrés variables, n'empêche que lorsqu'il est commis, il pose le problème de compétence ordinaire et de compétence internationale des juridictions du pays d'implantation du

---

<sup>183</sup> Notamment par le détournement d'avions, d'aéronefs, de trains, des convois, des bateaux de façon à bloquer le transport maritime, ferroviaire, carrossable, et aérien.

<sup>184</sup> Le premier problème que pose le terrorisme au niveau du tribunal est celui de la qualification et celui de savoir quel organe étatique est habilité à déterminer si un acte posé par une personne, une organisation ou un État, peut être qualifié de terroriste au sens conventionnel ou international du mot. Par ailleurs des difficultés de qualifications et d'indemnisation peuvent surgir si le terroriste est un État ou plusieurs États.

<sup>185</sup> Les actes terroristes commis en France par exemple relèvent des juridictions françaises par application **du principe de territorialité**. Ce principe est aujourd'hui formulé dans l'article 113-2 du Nouveau Code pénal français qui déclare la loi pénale française applicable aux infractions commises sur le territoire de la République française.

<sup>186</sup> Le terrorisme est d'abord associé à certaines incriminations, tels que l'apologie des actes qui relèvent, prévue et réprimée par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport (N.C.P., art. 224-6 et s.), ou encore les destructions, dégradations ou détériorations dangereuses pour les personnes, particulièrement lorsqu'elles sont sous l'effet d'une substance explosive, et commises en bande organisée (N.C.P., art. 322-6 et s.). Il est également un élément d'aggravation de certaines peines, par exemple en cas de non-dénonciation des actes qui y participent (N.C.P., art. 434-2). Toutes ces dispositions de droit pénal spécial contribuent à leur manière à lutter contre le terrorisme, même si, pour certaines, elles ne sont pas réservées à des applications exclusivement antiterroristes.

projet. Généralement le problème ne se pose pas lorsque le terrorisme est commis sur le territoire du pays d'implantation du projet *BOT* par des personnes physiques ayant la nationalité de ce pays ou une organisation domiciliée dans ce pays et formée par des individus de nationalité différente. Ce sont les juridictions du pays hôte qui sont compétentes.

## ***2.- Responsabilité et indemnisation***

Nous avons précédemment souligné qu'en matière pénale, les actes terroristes commis à l'intérieur d'un pays relève de la compétence des juridictions nationales par application du principe de territorialité<sup>187</sup>. Pourtant en matière de droit des investissements, les mêmes actes commis à l'intérieur du pays hôte et touchant l'investissement étranger, qu'il soit un projet *BOT* ou l'une de ses variantes en cours d'exécution, donne lieu à une compétence internationale<sup>188</sup> de ses tribunaux qui se prononcent le cas échéant, sur les responsabilités engagées contre les terroristes et la réparation, c'est-à-dire le montant approprié de l'indemnisation allouée à la société concessionnaire.

Cependant, la qualification du terrorisme n'est pas sans problème : pour réparer le préjudice subi par un consortium de projet, il faut établir d'abord la responsabilité de l'État d'accueil même s'il n'est pas directement responsable des activités dommageables du projet *BOT*. C'est ici que peut ressurgir le débat juridique de l'obligation de résultat et non de moyen qui incombe à l'État d'accueil du projet. Celui-ci ne peut à lui seul prendre des mesures nécessaires, efficaces de protection du projet contre le terrorisme de

---

<sup>187</sup> Sans entrer dans le débat portant sur la comparaison de la territorialité par extension et la territorialité par assimilation.

<sup>188</sup> Les actes de terrorisme sont particulièrement redoutés pour leur dimension internationale et à cette réalité que sont censées répondre les règles de compétence internationale. Voir J.-L. BRUGIÈRE, « Le crime organisé », in *Le Nouveau Code pénal – Enjeux et perspectives*, p. 72.

type nouveau que vient de connaître le monde, celui des réseaux installés dans divers pays ou encore le terrorisme d'État ou d'associations d'États. La tendance actuelle de la réparation que semblent montrer les États-Unis est une solution politique<sup>189</sup>. Nous penchons pour une solution juridique, notamment l'institution d'une assurance contre le risque du terrorisme.

## **Section 5**

### **Analyse critique de quelques textes du droit international relatifs aux garanties et à la protection de l'investissement *BOT***

#### **Paragraphe 1 : Contexte historique de l'évolution du droit conventionnel multilatéral**

Hésitant dans ses débuts, à cause des divergences d'interprétation entre les pays en voie de *développement* et pays *développés* mais aussi à cause de la deuxième guerre mondiale, le droit conventionnel a au jour le jour progressé. Sans étaler ici tous les textes qui ont fortement influencé l'évolution du droit international des investissements, la plupart des textes multilatéraux se bornent à décrire en termes généraux les garanties minimales nécessaires à leur application. Par exemple, la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États est essentiellement une convention de procédure. Elle ne contient en effet guère d'indications sur le contenu du droit international, qui conformément à son article 42, doit être appliqué par les tribunaux CIRDI ; elle consacre toutefois le caractère obligatoire de la clause compromissoire et de la sentence<sup>190</sup> et

---

<sup>189</sup> Les États-Unis ont indemnisé les victimes (personnes physiques et sociétés au bord de la faillite) du terrorisme, en revanche, ils ont placé en AFGANISTAN, un gouvernement qui leur sera docile en matière de compensation pétrolière.

<sup>190</sup> Préambule « Reconnaissant que le consentement mutuel des parties de soumettre ces différends à la conciliation ou à l'arbitrage, en ayant recours aux dits mécanismes, constitue un accord ayant force obligatoire qui exige en particulier que toutes recommandations des conciliateurs soit dûment prise en considération et que toute sentence arbitrale soit exécutée... ». Il faut rappeler que, conformément à

prévoit que l'État défendeur renonce en principe à se prévaloir du défaut d'épuisement des voies de recours internes<sup>191</sup>. La Convention du 11 octobre 1985 instituant l'Agence multilatérale de garantie des investissements<sup>192</sup> n'est pas plus explicite puisque, en refusant toute prestation aux États qui n'accordent pas aux investissements une « protection juridique juste et équitable », elle postule l'existence de pratiques illicites sans pour autant préciser ses conditions d'application. Des remarques semblables peuvent être formulées à propos de la troisième convention de Lomé entre les ACP et les États membres de la CEE<sup>193</sup>, ainsi que la quatrième. Les espoirs émaneront peut être de la Convention de COTONOU.

Par contre les conventions multilatérales à vocation régionale sont plus précises. Par exemple, l'article 1 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».

L'article 18 de la Convention interarabe signée au Koweït, le 28 mai 1971, sur la garantie de l'investissement contre les risques non commerciaux, institue *une assurance* contre « les mesures prises par les autorités publiques du pays d'accueil, directement ou par le truchement d'une institution, par lesquels l'investisseur est privé de ses droits essentiels découlant de son investissement et, en particulier les mesures de confiscation,

---

l'article 27 de la Convention, les États contractants renoncent à exercer la protection diplomatique au sujet d'un différend soumis au Centre, sauf si l'État défendeur ne se conforme pas à la sentence.

<sup>191</sup> Art. 26 : « Le consentement des parties des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou administratifs ou judiciaires soient épuisés ».

<sup>192</sup> *ILM* 1985, pp. 1598 ss.

<sup>193</sup> JOCE 1986 L 86, pp. 3 ss. Cf. SALEM, *JDI* 1986, p. 587.

de nationalisation, de saisie-arrêt, de privation du créancier de ses droits en l'empêchant de recouvrer sa créance ou en imposant un moratoire d'une durée déraisonnable »<sup>194</sup>.

On peut encore citer des instruments régionaux comme ceux du Mercosur<sup>195</sup>, l'Accord de Libre échange entre le Mexique, la Colombie et le Venezuela ; surtout l'Accord de Libre Échange Nord-américain (ALENA) dont le chapitre 11 fait état des investissements<sup>196</sup>. On peut aussi citer les traités multilatéraux comme le *GATT* aujourd'hui l'*OMC*, particulièrement ses règles en matière d'investissement<sup>197</sup>. Cependant de tous les instruments multilatéraux, le projet d'Accord Multilatéral sur l'investissement (AMI) initié par l'OCDE en mai 1995, qui a cependant avorté, était le plus ambitieux puisque les *build operate transfer (BOT)* qui font l'objet de notre étude, les *joint ventures*, les accords clefs et produits en main, les accords d'ingénierie sont clairement pris en compte dans la définition du concept d'investissement<sup>198</sup>.

## Paragraphe 2 : Instruments bilatéraux de protection des investissements

Depuis un certain temps, le droit des investissements a connu un autre mode de développement : les instruments bilatéraux de protection et de promotion des investissements qui s'articulent autour de trois principes. D'abord l'obligation de l'État d'accueil de traiter de manière juste et équitable les investissements effectués sur son

---

<sup>194</sup> *La compagnie Interarabe pour la Garantie de l'Investissement*, Tunis, 1979, art. 18.

<sup>195</sup> Le traité d'Asuncion du 26 mars 1991 entre le Brésil, l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay vise à instituer, après une période transitoire, un marché commun régional, mais sans institutions supranationales.

<sup>196</sup> V. LOUNGNRATH, '*L'incidence de l'Alena sur la potentialité étatique du Canada*', Les Cahiers de droit (1995) 36 C. de D. 883, à partir de la page 892. Voir aussi G. BURDEAU '*Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économiques intéressant les États*', *Revue de l'arbitrage dans le contentieux* 1995- No 1 p. 21 et s.

<sup>197</sup> Ces accords peuvent être importants pour une législation nationale relative aux projets d'infrastructure *BOT*, qui envisage des restrictions à la participation de sociétés étrangères aux projets d'infrastructure ou établit des préférences pour les entités nationalités ou pour l'achat de fournitures sur le marché local.

<sup>198</sup> L'adhésion à l'AMI n'est pas sans problèmes. V. C. VADCAR, *Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement : Problématique de l'adhésion des pays du Sud*. J.D.I. 1.1998.

territoire<sup>199</sup>, obligation qui s'impose comme un standard minimum exigé par le droit international coutumier<sup>200</sup>. Ensuite le principe du respect de l'égalité juridique entre investisseurs qui englobe le bénéfice du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée pour les investisseurs.

Enfin, l'applicabilité du principe de la prohibition des mesures discriminatoires à l'encontre des ressortissants de chacune des parties. De nombreux traités bilatéraux sont influencés par les règles d'un certain nombre d'accords multilatéraux comme celles du **GATT/OMC** qui, en matière de service (**GATS**) soumettent l'investissement étranger au traitement **de la nation la plus favorisée, à l'interdiction de restrictions quantitatives, à la suppression des obstacles à la fourniture de services par les étrangers dans les États contractants ou à la promotion de la transparence et à l'élimination de la discrimination des fournisseurs dans les marchés publics.**

---

<sup>199</sup> Plus de 1100 traités bilatéraux de protections des investissements recensés, *J.D.I.* 1, 1998 p. 242.

<sup>200</sup> JUIILLARD, *DPCI* 1987, p. 29. Cf. le commentaire explicatif de l'art. 1 projet de convention de l'OCDE (p.15), ainsi que le mémoire du 18 mai 1979 de la Direction du droit international public du Département fédéral des Affaires étrangères de la Confédération helvétique, *ASDI* 1980, p. 178. Contra Lavieq (p.94) qui souligne, à notre sens à tort l'incompatibilité existant entre le droit coutumier et principes équitables ; F. A. Mann (« British Treaties for the promotion and Protection of investments », *BYBIL* 1981, pp. 241 ss, spéc., p.244); Georg SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, Londres, 1969, p. 114. (qui estime que le traitement juste et équitable a pour fonction de tempérer le standard minimum. Voir aussi les remarques dubitatives de SALEM, *J.D.I* 1986, p. 607 et s.

## Chapitre V

### Aperçus nord-américain et européen des concessions *BOT*

#### Section 1

#### Politique nord-américaine

Les trois États qui forment l'Amérique du Nord, à savoir les États-Unis, le Canada<sup>201</sup> et le Mexique ont chacun, une politique nationale distincte en matière d'investissement et en particulier en matière des projets *BOT* et projets assimilés. Ils ont par ailleurs une longue tradition des projets *BOT*. On peut dire dans une certaine mesure, que contrairement aux droits des pays européens comme nous le verrons dans la section suivante, la common law nord-américaine a été à l'origine de la création de la formule *build operate and transfer* ainsi que les formules apparentées. Cependant ces pays ayant adhéré à la zone de libre échange nord-américain, les règles de l'ALENA en matière d'investissements leurs sont tous applicables. L'Accord de Libre Échange nord-américain (ALENA) dans son chapitre 11 fait état des investissements<sup>202</sup>. Les concessions *BOT* ne sont pas clairement réglementées. Si les concessions entrent **dans le champ d'application de l'article 1139 h (i)**, les concessions *BOT* et apparentées y sont prises en compte par cette disposition. De nombreux projets *BOT* ont été installés dans l'espace Alena, par le Mexique, les États-Unis et le Canada. Ces pays ont signé aussi toute une panoplie d'accords bilatéraux et multilatéraux qui rendent possible leurs investissements *BOT* dans les espaces autres que celui de l'Alena.

---

<sup>201</sup> Par exemple la politique canadienne se fondait sur la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* adopté en 1973 réaménagée en *Loi sur Investissement Canada*.

<sup>202</sup> V. LOUNGNARATH '*L'incidence de l'Alena sur la potentialité étatique du Canada*', Les Cahiers de droit (1995) 36 C. de D. 883, à partir de la page 892. Voir aussi G. BURDEAU '*Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économiques intéressant les États*', *Revue de l'arbitrage dans le contentieux* 1995, No 1 p. 21 et s.

## Section 2

### Politique européenne des concessions

Le contrat de concession est une notion encore peu appréhendée par le droit communautaire, du fait qu'elle est absente des dispositions des traités instituant la Communauté européenne et dans lesquels se trouvent formulées, les grandes lignes des politiques européennes. Longtemps soumise à la compétence des États membres de l'Union européenne, la politique européenne en matière des concessions *BOT* et assimilées, (sous terminologie anglo-américaine) ou concession de service public, d'ouvrage public (sous appellation française) s'est élaboré selon différentes contributions reçues par la Commission, qu'elles émanent des États membres, des investisseurs ou des opérateurs économiques et continue de l'être graduellement à partir des principes généraux et des dispositions du droit primaire<sup>203</sup> et dérivé<sup>204</sup> communautaire.

Du traité de Rome au traité d'Amsterdam en passant par le traité de Maastricht et celui de Nice, l'idée d'une politique communautaire de concession s'est inscrite malheureusement sans être explicite, à travers des dispositions disparates, uniquement dans le cadre de l'objectif général poursuivi par les États membres de l'Union

---

<sup>203</sup> Par exemple l'Article 73 B du Traité Communauté européenne relatif à la liberté des mouvements des capitaux entre les États membres d'une part et de l'autre avec les pays tiers.

<sup>204</sup> La question des concessions en droit communautaire n'est pas nouvelle. En 1990, la commission avait déjà tenter d'introduire la notion de « concession de service public » dans le droit dérivé en l'incluant dans sa proposition de directive portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services Cf. Document COM(90) 372 final SYN 293 du 6 déc.1990. Malheureusement cette tentative se révélera infructueuse puisque le texte finalement adopté, qui deviendra la directive 92/50/CEE, n'en fait pas mention Cf. Dir.92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation publics de services, JOCE L 209, 24 juillet. 1992, p.1. Tel ne fut pas le cas, en revanche, de la directive 93/37/CEE, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux qui pour sa part comporte bien des dispositions définissant et encadrant les concessions des travaux. Cf. Dir. 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JOCE L 199, 9 août 1993, p.54.

européenne de construire un marché intérieur<sup>205</sup> où les personnes, les marchandises, les services et les capitaux circulent librement sans toutefois fausser les règles européennes de la concurrence et cela dans le respect des principes fondamentaux que sont la non-discrimination, l'égalité de traitement, la transparence et la reconnaissance mutuelle, pour ne citer que ceux-là. On peut dire à cet effet, qu'il y a eu un manque d'intérêt du législateur communautaire<sup>206</sup> en matière de concession, en particulier les *BOT*. Si au niveau du droit primaire on constate un volet interne, qui régit les mouvements de capitaux entre États membres et un volet externe qui concerne les États membres et les pays tiers, au niveau du droit dérivé, la concession *BOT* et assimilée n'était pas explicitement visée par la directive 92/50/CEE relative aux marchés publics de services, ni par la directive 93/38/CEE relative aux marchés publics passés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications<sup>207</sup>.

Les concessions n'étant que très partiellement couvertes par les directives relatives aux marchés publics, la Commission européenne a à cet effet, souligné à diverses reprises, ces dernières années, la nécessité de clarifier par le biais des directives mais surtout des fameuses *communications interprétatives*, le régime juridique des concessions et de préciser son articulation avec le droit communautaire des marchés publics. Dans sa communication du 11 mars 1998 intitulée, *Les marchés publics dans l'Union européenne*<sup>208</sup> la Commission a de nouveau formulé cette intention.

---

<sup>205</sup> « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité ». Cf. l'ancien article 7A CEE.

<sup>206</sup> Il est indispensable de faire remarquer que cette absence d'intérêt et de droit dérivé exclusif n'a certes pas pour effet de soustraire les concessions de services à tout règle communautaire et la Commission, ont la possibilité, soit de re-qualifier la concession, s'il s'avère que l'appellation « concession de service » recouvre en fait une concession de travaux, pour lui appliquer les mécanismes de la directive 93/37/CEE, soit de faire appel aux grands principes précités sur lesquels repose, aux termes des traités, le fonctionnement du marché intérieur.

<sup>207</sup> Dir. 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JOCE L 199, 9 août 1993, p. 84.

<sup>208</sup> Document COM (1998) 143, final.

A propos des concessions, et autres formes de partenariat public-privé, elle précise qu'« un encadrement juridique de ces phénomènes s'impose en vue de clarifier et de simplifier les conditions dans lesquelles ils peuvent s'exercer et assurer ainsi une plus grande sécurité juridique », annonçant notamment qu'elle élaborera à cette fin « un document interprétatif qui explicitera et précisera les règles et principes qu'elle considère comme étant applicables aux concessions, sur la base des cas dont elle a eu à traiter »<sup>209</sup>.

De manière critique, il faut, cependant faire remarquer que les efforts actuels de l'Union européenne pour imposer des réglementations sectorielles valables à l'échelle communautaire sans entrer dans le débat, peuvent être considérés comme étant en contradiction avec *le principe de subsidiarité*. Apparemment, dans le domaine des infrastructures, la priorité est donnée à l'édiction de standards communautaires unifiés, par rapport à des dispositions nationales- probablement diversifiées. La justification politique de cet ordre de priorité devrait être vérifiée au cas par cas.

## **Paragraphe 2 : Droit communautaire des concessions est-il une nécessité ? enjeux**

Au vu des traités instituant les communautés européennes et du droit dérivé, il est difficile de déterminer clairement la politique européenne des concessions qui se confond parfois avec la politique industrielle<sup>210</sup>. Le Traité de Maastricht assigne, en effet, à l'Union européenne la tâche de veiller à ce que les "conditions nécessaires à la

---

<sup>209</sup> Un projet de communication interprétative « sur les concessions en droit communautaire des marchés publics » est publié un an plus tard, en vue d'une vaste consultation Cf. JOCE C 94, 7 avril. 1999, p. 4 ; pour un commentaire du projet, Voir Joël ARMOULD, *Le projet de communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire des marchés publics*, RFD adm. 2000.24

<sup>210</sup> L'idée de politique industrielle a fait son chemin depuis la communication de la CCE du 16/11/1990 jusqu'au Traité de Maastricht.

compétitivité de l'industrie européenne soit assurées<sup>211</sup>. Il consacre ainsi l'approche horizontale de cette politique, qui vise à créer un environnement favorable à l'industrie par des mesures générales, portant sur l'amélioration des infrastructures [...] les actions en faveur de la coopération inter-entreprises, des PME etc.

C'est dans le contexte de cette confusion, qu'il faut louer l'effort de clarification, d'interprétation et de synthèse, initié par la Commission, sur la question délicate du droit communautaire des concessions. Déjà dans son *livre vert* sur les marchés publics de 1996<sup>212</sup> après avoir noté que « pour la réalisation et /ou la gestion de grandes infrastructures, ainsi que pour la fourniture de certains services, les entités adjudicatrices et les pouvoirs adjudicateurs ont de plus en plus souvent recours à des mécanismes juridiques tels que les concessions ou des contrats similaires ou encore d'autres modes d'octroi de droits spéciaux ou exclusifs », et que de nombreuses plaintes concernent de telles pratiques, la Commission exprime sa préoccupation du fait que « les pouvoirs adjudicateurs semblent considérer que le droit communautaire n'est pas applicable à l'attribution de ce type de contrats ou de droits [...] et que le manque de respect de ceux-ci envers des principes fondamentaux du traité n'est pas acceptable, car il a pour effet, d'entraver le bon fonctionnement du marché intérieur ».

Dans un tel contexte, la publication, le 29 avril 2000, d'une communication interprétative de la Commission bien qu'étant un outil critiqué à plusieurs égards par la doctrine<sup>213</sup>, sur les concessions en droit communautaire<sup>214</sup> n'a été qu'un exemple supplémentaire de l'habileté de la Commission, à remédier aux dysfonctionnements

---

<sup>211</sup> Titres XIII, article 130.

<sup>212</sup> Livre vert : *Les marchés publics dans l'Union européenne, pistes de réflexion pour l'avenir*, 27 nov. 1996, document COM (96) 583, final.

<sup>213</sup> Christophe FOUASSIER, *Vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audaces d'une communication interprétative*, RTD, eur. 36(4), oct.-déc.2000.

<sup>214</sup> JOCE C 121, 29 avr. 2000, p.2.

concrets du marché intérieur et aux lacunes du droit dérivé, par une exégèse pointue du droit communautaire. En raison des ambitions qui semblent l'animer et des incidences qu'un tel sujet est susceptible d'avoir sur les droits nationaux, cette récente communication mérite pourtant une attention particulière.

Toutefois le peu de matériaux juridiques explicites disponibles en droit communautaire en matière de concession fait jusqu'ici peser deux risques importants pour cette communication : le risque de ne présenter qu'une esquisse de régime juridique, dessiné à grands traits, fondé sur le simple rappel de principes généraux, comme nous l'avons vu, sans en préciser véritablement les modalités pratiques d'application aux concessions, en particulier les concessions *BOT* et assimilées. Le deuxième risque est celui de faire appel, devant l'état lacunaire du droit dérivé et de la jurisprudence, à des règles que ni le législateur ni la Cour de justice n'avait à ce jour explicitement appliqué aux concessions.

Dans l'état actuel de l'Union européenne, le besoin s'impose qu'elle dote les concessions, dans leur ensemble, d'un encadrement juridique plus étroit que celui qui s'impose actuellement aux concessions de travaux et de services, en harmonie avec les obligations internationales de la Communauté pour ne citer que celles envers l'OMC, l'AMGI ou la Convention de Washington. En l'absence d'une telle législation de référence, les concessions demeureront soumises à un assemblage hétéroclite de normes disparates et souvent imprécises comme elles le sont dans les directives de la Commission européenne. Il reste à voir si les États membres qui tiennent à leur souveraineté dans ce domaine sensible de leur économie, celui de la construction et de l'exploitation des infrastructures sous les formules *BOT* et apparentées auront une motivation politique suffisante pour initier un véritable droit européen des concessions.

## **TROISIÈME PARTIE**

### **APERÇU DE LA FAISABILITÉ DES PROJETS *BOT* EN AFRIQUE : UNE RELATIVE RÉUSSITE COMPTE TENU DES TUMULTES POLITICO-ÉCONOMIQUES**

A tort ou à raison, l'Afrique n'a pas bonne réputation pour les investisseurs internationaux à la recherche de nouvelles opportunités; s'y aventurer suscite parfois bien des appréhensions<sup>215</sup>. Mais, au-delà des guerres civiles ou des sempiternels scandales liés à la corruption, nombre d'économies africaines offrent de réelles opportunités aux entreprises du monde entier en quête de nouveaux débouchés, surtout en matière d'infrastructures<sup>216</sup>. Ce qui sous-entend que le marché africain relatif aux projets *BOT*, tout comme d'autres secteurs, est encore faiblement exploité. C'est sur cette tendance que notre analyse va se construire, s'orientant sur la problématique de la sécurisation contractuelle et législative des contrats *BOT* en Afrique (**Chapitre I**), et en se penchant particulièrement sur les problèmes juridiques et de résolution des conflits qui sont liés à des événements comme les émeutes, les révolutions ou des troubles analogues (**Chapitre II**).

---

<sup>215</sup> Les grands projets d'infrastructure lourds, comportant des équipements privés et publics, et financés par des capitaux privés et publics ont été plutôt rares en Afrique dans la période récente. Les réticences invoquées par les investisseurs et promoteurs privés pour des projets un retour sur investissement sur le très long terme (15 ans et plus) sont connues : le niveau de risques de différentes natures, politiques, fiscaux, financiers et l'incertitude réglementaire sont en général plus élevés en Afrique que dans beaucoup d'autres régions du monde où des projets similaires sont également possible. Dès lors, les promoteurs et institutions financières se découragent le plus souvent dès l'étude de pré-faisabilité. Voir. Marc FRILET in LE Projet ILEMENITE A FORT- DAUPHIN, MADAGASCAR « Recherche de sécurité Juridique à long terme pour les grands projets d'infrastructure en financement privé en Afrique », RDAI/IBLJ, No 6, 1999 p 1.

<sup>216</sup> L'Afrique est encore un petit marché au XXI es. Sur les 5400 milliards de dollars d'exportations totalisés dans le monde en 1998, seulement 150 milliards la concernaient, Maghreb inclus. Si le continent n'a reçu que 2,6 %, des exportations mondiales et n'en a fourni que 2,2 %, sa part en matière d'investissement est encore plus faible : sur quelque 644 milliards de dollars d'Investissements directs étrangers (IDE) comptabilisés par la conférence des Nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED) à travers le monde en 1998, il n'a bénéficié que de 8,3 milliards, soit 1,3 % du montant global.

## **CHAPITRE I**

### **La question de la recherche de sécurité juridique à long terme pour les projets *BOT* en Afrique**

Investir, financer les projets *BOT* ou ses variantes en Afrique<sup>217</sup>, c'est mesurer à priori l'éventail de risques auxquels on peut s'attendre et qui dans cette étude ont fait l'objet de commentaires : expropriation, corruption, fiscalité abusive (impôts élevés, double, voire triple impositions), pillage à l'issue des émeutes et des guerres civiles, instabilité législative, réglementaire et administrative, la plupart des *pays lourdement endettés*, ce qui témoignent de leur constante *incapacité* d'indemniser le concessionnaire qui a subi préjudice à la suite des risques précités.

Toutefois, l'évolution des risques dans d'autres zones géographiques, les ressources propres au continent africain dans divers secteurs infrastructurels, (en particulier les secteurs énergétique et minier), auxquels il faut ajouter la concurrence internationale et une nouvelle attitude des gouvernements les plus progressistes, ont amené certains grands opérateurs ou investisseurs internationaux à reconsidérer la question, à approfondir l'analyse des risques les plus fréquents et à rechercher dans quelle mesure il était possible de les limiter pour permettre la réalisation des projets *BOT*.

---

<sup>217</sup> Beaucoup sont pessimistes sur la possibilité d'apporter des réponses suffisamment adaptées à toutes ces questions (et bien d'autres) pour des projets d'infrastructure dont on ne recouvre le capital et on réalise les bénéfices qu'à leur seule exploitation sur une période très longue. D'ailleurs un représentant de la Société Financière Internationale a souligné ces obstacles lors d'une récente conférence à Washington sur les financements des projets. A propos de l'Afrique il évoquait en particulier l'importance des risques fiscaux, l'existence des systèmes juridiques et judiciaires aléatoires, le financement difficile à sécuriser au moyen de garanties collatérales appropriées, l'instabilité des règlements et procédures etc.

## Section 1

### Internationalité de la convention d'établissement en vue de la réalisation d'un projet *BOT* en Afrique

Sans entrer dans le débat sur l'internationalité de la convention d'établissement en général, en prenant l'hypothèse selon laquelle la convention d'établissement que l'on retrouve souvent en Afrique, n'est pas un contrat international, on peut se demander si les parties à la convention d'établissement, en vue de réaliser un projet *BOT*, peuvent internationaliser leur contrat au moyen d'un appel d'offre international ?

Les réponses à cette question sont divergentes. Les projets d'infrastructure sous la formule *BOT* ou projets assimilés qui donnent lieu à un appel d'offres international sont généralement de taille importante ou techniquement complexes. Il faut distinguer l'internationalité de la convention d'établissement ou du contrat, de l'internationalisation de l'opération. Celle-ci traduit un processus, tandis que celle-là, l'aboutissement de ce processus à une situation qui met en cause plusieurs États ou ordres juridiques. Ce processus est l'ouverture de l'opération *BOT* à la concurrence internationale, qui débouche sur la conclusion d'une convention d'établissement s'identifiant à un contrat international. Cela dit, ce n'est pas parce que l'État hôte en tant que maître d'ouvrage lance un appel d'offres international que la convention d'établissement conclue à la suite de cet appel sera *ipso facto* considérée internationale. L'ouverture d'une opération de construction d'infrastructure à la concurrence internationale n'aboutit pas nécessairement à la conclusion d'une convention d'établissement à caractère international<sup>218</sup>. Encore faut-il que les États africains qui tentent d'internationaliser

---

<sup>218</sup> De manière générale, un appel d'offres international à laquelle répond une société ayant la nationalité commune avec l'État hôte du projet, en cas de litige, il ne sera pas assez évident pour déterminer l'internationalité de la convention qu'ils vont conclure. Pourtant, la seule nationalité commune des parties à la convention d'établissement ayant valeur de contrat des marchés publics, n'a jamais fait obstacle à sa qualification d'international, en ce qui concerne au moins le droit français Cf. Paris, 1<sup>er</sup> ch. Suppl., 9 juin 1983, *Iro holding c/ Sétilex* : *Rev. Arb.*, 1983 . 497, note M. Vasseur.

l'opération *BOT* à travers une convention d'établissement de leur propre initiative, en lançant un appel d'offres international, arrivent à adapter leur système juridique de manière à ne pas dissuader les investisseurs étrangers de venir participer au développement de leur pays.

## **Section 2**

### **Le phénomène de la mutabilité fréquente des conventions d'établissement**

Au stade actuel des économies africaines, rongées par les contre-performances du secteur public, des dettes à la fois publique et privée, auxquels il faut ajouter des situations d'insurrection, de coup d'État, de guerre civile, de très grande instabilité politique et économique, les États africains, à quelques exceptions près, peuvent notamment être amenés à modifier unilatéralement la convention d'établissement soit directement, soit en changeant la législation à la base de celle-ci. Nous nous intéresserons maintenant à la question de savoir si un gouvernement africain, peut abandonner sa souveraineté économique au profit d'une entreprise étrangère avec laquelle il a conclu un contrat *BOT* de longue durée ?

Devant la problématique de l'abandon de souveraineté par l'État contractant, la plupart des opinions doctrinales estiment, qu'en s'engageant vis-à-vis d'une entreprise étrangère ou un consortium pour une période déterminée, l'État aliène en même temps son pouvoir de modifier unilatéralement cette convention. On peut concevoir qu'un État abandonne par *une clause de dite de stabilisation*<sup>219</sup>, contenue dans la convention, sa

---

<sup>219</sup> Les clauses de stabilisations adoptées par la plupart des codes d'investissement des pays africains francophones, constituent des mesures de séduction garantissant aux investisseurs étrangers certains avantages comme le bénéfice d'un statut spécial juridique et fiscal. Toutefois, l'existence de ces clauses dans la convention d'établissement, soulève un certain nombre de problèmes : l'investisseur étranger bénéficiant d'un régime juridique et fiscal privilégié peut craindre la perte de ces avantages à la suite d'un changement de la législation. Pour le rassurer, le gouvernement africain est ainsi amené à lui accorder un statut juridique « gelé » et qui se situe en dehors du droit commun et son évolution. Aussi compréhensible

souveraineté législative à l'égard de l'entreprise en question, à condition, bien entendu, que cette convention ait été approuvée par un acte législatif. La doctrine admet généralement ce point de vue en soutenant que les organes compétents se sont engagés en toute liberté<sup>220</sup>. Seule une convention sous pression ou dans une situation qui anéantit le pouvoir de négociation ("bargaining power") du gouvernement, pourrait être considérée comme non avenue et permettre à l'État en question de ne pas s'exécuter<sup>221</sup>. Ce point de vue prédétermine également la position de la doctrine majoritaire à l'égard de la mutabilité des conventions d'établissement en Afrique.

### Section 3

#### **Deux pays où l'on trouve quelques exemples particulièrement réussis des projets *BOT* ou leurs dérivés en Afrique : Madagascar et la Côte d'Ivoire**

Les premières conventions d'établissement en Afrique, datant de l'époque qui a précédé les indépendances avaient un caractère purement colonial. C'est dans cette foulée que fut conclue en 1957 la convention d'établissement relative à la réalisation du premier grand projet africain d'investissement privé dans le secteur minier, le projet

---

qu'elle soit, cette solution paraît cependant inadmissible du point de vue juridique. Même en tenant compte des particularités de l'ordre constitutionnel africain, l'immobilisation d'un État de droit (dont la conséquence peut être une «dead law») comporte toujours de grands risques, cela est d'autant plus important que le domaine dont il s'agit en l'occurrence se trouve dans un processus d'évolution permanente. C'est une chose que de consentir des allègements fiscaux ou même certaines garanties juridiques à une entreprise (ou consortium) jugée particulièrement importante ; mais, c'est tout autre de lui garantir ce statut contre toute modification ultérieure de la base légale sur laquelle repose, pour une durée pouvant aller jusqu'à trente ans. Certes on ne saurait abolir ou modifier arbitrairement un ordre juridique établi. Les abus commis dans ce domaine sont trop connus. Mais on ne peut non plus admettre que le législateur souverain se lie ainsi les mains pour un avenir aussi long. Procédure douteuse du point de vue juridique, c'est aussi une imprudence du point de vue politique, car une telle situation peut facilement mener à une impasse que seule une rupture radicale permet d'éviter.

<sup>220</sup> V. Ph Kahn (1970), p. 503 ; P. Legoux, p. 944 ; E.I. Nwogugu, p.173.

<sup>221</sup> Une comparaison peut être faite dans une certaine mesure avec les traités inégaux en droit international public (ius cogens) ; Cf. les art. 52 et 53 de la convention de Vienne sur les droits des traités (in I.L.M. 8 (1969), p. 679).

d'Aluminium FRIA, en Guinée française<sup>222</sup>, qui est toujours en vigueur, et certaines concessions pétrolières qui sont à l'origine de conflits en Afrique. La convention FRIA a inspiré certaines conventions d'établissement (parmi lesquels le Projet Ilmente à Fort-Dauphin, à Madagascar) dont l'internationalité et l'originalité quant à la réussite des projets *BOT* en Afrique, ne sont plus à démontrer. Dans un tel contexte, il est particulièrement intéressant d'analyser certains grands projets qui ont abouti ou sont en passe d'aboutir, et pour lesquels les promoteurs ont consacré mûres réflexions, pour faire en sorte que leur projet puisse bénéficier d'une infrastructure juridique aussi sécurisante que possible sur le long terme. En Afrique, selon les pays, les projets et les conditions de négociation avec les autorités locales, différentes approches ont été envisagées, étant précisé que dans la plupart des cas, le résultat final représente une synthèse de plusieurs méthodes de sécurisation. A cet effet, le projet minier ILMENITE de Fort-Dauphin à Madagascar, en phase de développement, est intéressant à multiples égards (**paragraphe 1**); nous consacrerons ensuite notre analyse à l'expérience de la Côte d'ivoire en matière de Projet *BOT*, essentiellement dans les secteurs d'eau et de l'énergie (**paragraphe 2**).

**Paragraphe 1: Le Projet ILMENITE à Fort-Dauphin, Madagascar adopté par société promotrice canadienne Q.I.T appartenant au groupe Rio Tinto.**

Le projet Ilmenite, exécuté sous la formule *BOT*, consistait à exploiter les gisements de sable minéralisé du Sud-est de Madagascar dont le potentiel était connu depuis 1950. A l'issue de l'évaluation du gisement dans le cadre des permis de recherche qui lui avait été attribués, le promoteur s'est rendu compte que la réalisation d'un tel projet nécessitait la réalisation d'infrastructures publiques (port, routes, centrale électrique,

---

<sup>222</sup> Cf. Pierre- Henri GANEM, *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux, Grands projets, mines, énergie, métallurgie, infrastructures*, FEC, édition Bruylant, 1998, p. 223 et sv. préc. voir annexes p. 889 et sv.

etc.) que l'État malgache ne pouvait réaliser. L'exploitation du gisement étant susceptible de s'étendre sur une cinquantaine d'années, il est apparu que compte tenu des investissements privés et publics à réaliser, les modèles financiers ne permettaient pas d'obtenir une rentabilité suffisante des capitaux investis dans un cadre de financement de projet si le régime fiscal du droit commun n'était pas adapté et modifié sur certains points. Il était enfin clair que le projet ne pouvait pas être viable si un certain nombre de risques qui n'étaient pas suffisamment pris en compte dans la réglementation existante pour des investissements d'une importance aussi exceptionnelle, n'étaient pas mieux identifiés et, dans certains cas, mieux limités et répartis. L'exposé des motifs de la convention d'établissement est révélateur de l'état d'esprit qui a présidé à sa négociation. Ce projet dont l'analyse des stipulations contractuelles, constitue une bonne illustration en matière de sécurité juridique de l'investissement étranger<sup>223</sup>.

## **Paragraphe 2 : Expérience ivoirienne en matière de contrat *BOT* et contrat apparenté**

Parmi tous les pays africains qui ont passé le cap expérimental des projets *BOT* et projets apparentés, la République de Côte d'Ivoire constitue un excellent exemple et ce, grâce à un travail de partenariat entre la Banque mondiale et les autorités ivoiriennes. Ce succès, en dépit des tumultes politiques d'entre-temps, est fonction d'une combinaison de facteurs : d'une part, l'adaptation des politiques relatives aux concessions d'infrastructure des institutions de Bretton Woods dans l'ordre interne ivoirien et, de l'autre, les efforts de privatisation et de la réglementation. Il faut également souligner l'adoption de nouveaux codes des investissements<sup>224</sup>, qui mettent en relief le principe du

---

<sup>223</sup> FRILET Marc in LE Projet ILEMENITE A FORT- DAUPHIN, MADAGASCAR «Recherche de sécurité Juridique à long terme pour les grands projets d'infrastructure en financement privé en Afrique », RDAI/IBLJ, No 6, 1999 p 609 et s

<sup>224</sup> FRANÇOIS-MARSAL Hubert, Côte d'Ivoire : nouveau Code des investissements, 1985 no 8 pp 977/981.

traitement national pour les entreprises étrangères. Ces codes sont assortis de certaines mesures incitatives. Ainsi, les entreprises étrangères peuvent voir leurs projets revêtir un caractère prioritaire dans un certain nombre de domaines et bénéficier en conséquence, de droits de douane réduits. Les entreprises étrangères peuvent également, en cas d'investissements prioritaires, bénéficier d'exonérations d'impôts sur les bénéfices<sup>225</sup>.

L'actif ivoirien des contrats *BOT* sont essentiellement dans les domaines de l'eau, de l'électricité, du gaz, de l'affermage<sup>226</sup>, de la gestion et du financement privé des ouvrages dans le cadre de l'ingénierie. Loin de passer en revue tous les domaines précités, nous insisterons sur les domaines de l'eau et de l'électricité.

Dans le domaine de traitement, d'approvisionnement et de distribution d'eau, c'est *la société ivoirienne de distribution d'eau privée* (SODECI) qui depuis trente ans fournit un service d'une qualité proche des normes en vigueur dans les pays industrialisés. Jusqu'à une époque récente, elle avait un contrat de concession pour la production d'eau à Abidjan, la capitale, et un contrat de location pour la production et la distribution d'eau dans les autres villes du pays. En raison des difficultés financières dues à la politique suivie par le gouvernement en matière de tarification et d'investissement dans le secteur au cours des années 80, le secteur de l'alimentation en eau en milieu urbain a été réorganisé. Le contrat de la SODECI pour l'approvisionnement en eau des villes a été transformé en une concession couvrant l'ensemble du pays et lui conférant la

---

<sup>225</sup> Corinne Vadcar, Codes d'investissements des pays de l'Afrique de l'ouest : Nouvelles dispositions in le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement : Problématique de l'adhésion des pays du Sud, J.D.I 1, 1998 p. 37.

<sup>226</sup> Claude Martinand, dir., Financement privé des équipements publics, Paris, Economica, 1993, pages choisies, L'affermage dans la délégation de services publics, *L'exemple de l'électricité de Côte d'Ivoire*, pp 109- 117.

responsabilité des opérations et des investissements<sup>227</sup>. La SODECI conserve une partie des redevances versées par les usagers pour couvrir ses dépenses, coût d'exploitation, amortissement des actifs, extension et modernisation des réseaux de distribution et pour verser des dividendes aux actionnaires. Elle verse par ailleurs à l'État un loyer, au titre du service de la dette afférente à des projets antérieurs financés par les pouvoirs publics. Les investisseurs privés ivoiriens détiennent maintenant la majorité du capital de la SODECI et ses titres sont l'un des principaux produits négociés à la Bourse d'Abidjan. La SODECI distribue des dividendes à ses actionnaires et elle paie régulièrement des impôts depuis sa création<sup>228</sup>.

Quant aux secteurs de l'électricité la Côte d'Ivoire, compte tenu des tentatives innovantes des années 90<sup>229</sup>, a opté pour la concession sous les formules *BOT* et apparentées. Elle a octroyé une concession à la compagnie ivoirienne d'Électricité (CIE) dont le capital est réparti entre l'État et la Société d'Aménagement Urbain et Rural (SAUR) filiale du groupe Bouygues qui y est actionnaire. A ce partenariat s'est joint Électricité de France (EDF). Afin de pouvoir opérer, Saur et EDF ont constitué une société commune connu sous le nom de la Société Internationale de Services Publics (SISP). Le développement du partenariat public- privé dans le domaine de l'eau et de l'électricité en Côte d'Ivoire a permis non seulement de créer des cadres institutionnel<sup>230</sup>

---

<sup>227</sup> Aujourd'hui, la SODECI dessert plus de 300.000 branchements particuliers, soit 70% des branchements domestiques. Ce chiffre n'est pas exhaustif puisque le nombre de branchement augmente de 5 à 6% chaque année Abidjan et dans des agglomérations à l'intérieur du pays. Voir le rapport de la Banque mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde 1994 – une infrastructure pour le développement*, Washington, 1994, ch. 3. p. 69.

<sup>228</sup> Rapport de la Banque mondiale (1994) précité.

<sup>229</sup> Une Convention de concession du service public national classique, de production, de transport, de distribution, d'exportation et d'importation de l'énergie électrique a ainsi été conclue le 25 octobre 1990 entre l'État et la CIE, et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre de la même année.

<sup>230</sup> La Société d'Aménagement Urbain et Rural (Saur) et l'État ivoirien avaient convenu d'une réorganisation du Secteur de l'énergie électrique en Côte d'Ivoire selon le modèle suivant : l'État et l'Énergie Électrique de la Côte d'Ivoire (EECI) continuent à assumer la propriété et le développement du patrimoine ; une société de droit privé ivoirien prend la responsabilité de l'exploitation du service public. Ainsi la politique générale et le patrimoine d'un secteur stratégique restent la pleine responsabilité de l'État, alors que le quotidien est confié à une structure professionnelle souple dont la capacité d'adaptation

et réglementaire<sup>231</sup> nouveaux mais aussi la construction d'installations neuves ainsi que le montage de formes mieux intégrées de concessions complexes qui combinent les secteurs de l'eau, de l'électricité, du transport, du pétrole et du gaz<sup>232</sup>.

---

immédiate aux problèmes de l'exploitation et le souci constant de la productivité sont un gage d'efficacité et de saine gestion. Cette structure privée a été créée sous le nom de Compagnie Ivoirienne d'Électricité (CIE). Claude Martinand, dir., *Financement privé des équipements publics*, Paris Economica, 1993. pages choisies, L'affermage dans la délégation de services publics, *L'exemple de l'électricité de Côte d'Ivoire*, pp 109- 117.

<sup>231</sup> *Le Nouveau Code des investissements*, Loi No 95-620 du 03 août 1995 portant Code des investissements, J.O.R.C.I No 43 du 19 octobre 1995. p. 871.

<sup>232</sup> Pour mieux comprendre le système d'affermage et le mécanisme de juxtaposition des contrats de concession, voir Blanchard Patrick, *Grands projets dans le secteur de l'énergie, Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : Tentatives innovantes des années 90*. RDAI no 4, 2000 pp. 443-471; lire aussi, le complément de l'étude du même auteur, sous le chapitre II intitulé, *Financement privé des ouvrages par un BOT libéré du risque Projet : Proposition d'intégration de la production indépendante dans la concession*, RDAI/IBLJ, No 5, 2000, pp. 563-598.

## **CHAPITRE II**

### **Aperçu réflexif des litiges concernant les projets *BOT* victimes des guerres civiles, pillages et instabilité des institutions politiques**

Si pour beaucoup d'investisseurs étrangers, les guerres civiles, l'instabilité politique, voire économique de certaines régions d'Afrique masquent les efforts de développement consentis par nombre de pays surtout en matière d'installation d'infrastructure à financement privé sous la formule *BOT* et projets assimilés<sup>233</sup>, l'investissement des projets *BOT* dans le secteur des hydrocarbures n'a jamais causé de problèmes et est jugé moins risqué<sup>234</sup>. Produit stratégique s'il en est, le pétrole n'obéit pas aux mêmes règles que l'industrie ou les services. Contrairement aux autres investisseurs, les pétroliers mettent rarement en avant des conditions telles que la stabilité, la sécurité ou l'environnement des affaires. C'est d'ailleurs souvent dans les pays du continent en proie à des troubles (Congo, Angola, etc.) que l'exploration est la plus active et les dividendes sont importants, en l'absence d'impôts et de contrôle.

---

<sup>233</sup> Effet, si certains pays résumant leur activité économique à l'effort de guerre, d'autres émergent du lot : c'est le cas de l'Algérie et de la Tunisie au Nord, mais aussi du Cameroun, du Ghana, de l'Ouganda du Mozambique ou de la Tanzanie.

<sup>234</sup> Alors que la stabilité politique est un avantage décisif pour les investisseurs internationaux, c'est paradoxalement dans les pays ravagés par des longues guerres civiles, (comme l'Angola près de 25 ans de guerre civile, auquel il faut ajouter sur la liste le Congo-Brazzaville, sa voisine la République Démocratique du Congo pour ne citer que ces trois pays) que les grandes multinationales étrangères (Elf Total –Fina en particulier) ont réalisé de gros bénéfices. On peut aussi illustrer d'autres exemples analogues. Le Cas de l'Irak apparaît plus patent. On sait que les États-Unis, soutenus par la Grande Bretagne, effectuent presque quotidiennement des raids aériens sur les installations militaires du nord et du sud de l'Irak, mais dans le même temps des entreprises américaines, et même des responsables politiques, font des affaires avec des représentants de Saddam Hussein et les aident à remettre en état de marche l'industrie pétrolière irakienne : John Deutch, ancien haut personnage des services de renseignement par exemple, est aujourd'hui membre du Conseil d'Administration de Schlumberger, un des grands de l'Équipement pétrolier. Il y a aussi Dick Cheney, secrétaire à la Défense pendant la guerre du Golfe, est à présent l'un des dirigeants de la société Texante Halliburton, qui fabrique et fournit du matériel de forage, et d'Ingersoll-Dresser, deux sociétés qui sont en affaire avec l'Irak.

## Section 1

### Projet *BOT* : une mise en danger des économies monocultures

Les projets *BOT* et assimilés constituent une aubaine pour des pays dont l'économie est chroniquement déficitaire, d'autant plus qu'à ce stade, ces pays n'ont pas toujours des moyens de réaliser ou de réhabiliter de nouvelles infrastructures. Un autre avantage de l'État d'accueil du projet, mentionné à plusieurs reprises, est l'investissement par le concessionnaire des capitaux trouvés par ses propres ressources.

Toutefois lesdits projets ne demeurent pas sans apporter des difficultés dans des pays dont l'économie repose sur un seul secteur d'activité. Il peut s'agir d'un pays qui a essentiellement comme ressource le pétrole, l'or, le diamant etc. En quoi un projet *BOT* peut-il s'avérer dangereux pour une économie monoculture? Deux cas seront examinés : les pays n'ayant qu'une seule ressource (**Paragraphe 1**) et le cas de la succession des États (**Paragraphe 2**).

#### **Paragraphe 1 : Les pays dont l'économie n'est constituée que d'une seule ressource**

Pour être concret, prenons par exemple l'hypothèse de l'État actuel de l'économie du Congo-Brazzaville, qui repose sur le pétrole. En dehors de cette ressource le pays entier est improductif : l'agriculture, l'élevage et l'industrie en général sont quasiment inexistantes. Le développement des autres secteurs de l'économie se résume à la subsistance. Or depuis des années le pétrole est assujéti à des concessions de type *BOT*. Ce qui signifie en tenant compte des caractéristiques des projets *BOT*, c'est toute l'économie nationale qui est liée et remis aux mains du secteur privé étranger pendant de longues années. L'État ne redeviendra propriétaire de l'unique ressource du pays qu'au terme de la durée de concession, cinquante voire dans soixante années. Si durant cette période les concessionnaires, pour ne citer que le groupe Elf-Total-Fina qui détient le

monopole, auquel il faut ajouter Agip, Amocco exploitent, pour rembourser leurs emprunts et rapatrier des dividendes dans leurs pays d'origine, l'État congolais lui, qui n'a de système fiscal qu'en apparence, pour faire face au fonctionnement des institutions, aux salaires, aux besoins sociaux, doit se tourner vers les emprunts publics même quand la solvabilité est très hypothétique pour des emprunts antérieurs non remboursés auprès de bailleurs de fond internationaux mais aussi pour la résiliation unilatérale des contrats *BOT* antérieurs non indemnisés et qui constitue la dette privée de l'État. Et en cas de résiliation étatique du contrat actuel de concession, l'État doit faire face à la dette privée puisqu'il est tenu d'indemniser le concessionnaire. L'État hôte est pris dans un étau d'une part par *la dette publique* en croissance et re-échelonnée à plusieurs reprises et d'autre part par *la dette privée* qui liera sa seule ressource naturelle ou énergétique pendant des années.

Toutefois, pendant que l'économie est liée, le contrat *BOT* est créateur d'emplois au niveau local.

## **Paragraphe 2 : La succession d'États et le droit des investissements**

La difficulté apparaît plus renforcée lorsqu'un chef d'État succède à un autre<sup>235</sup>, et qu'au nom de la continuité de l'État il a l'obligation d'assumer les emprunts (qui généralement n'auraient pas servi au bien être de la population, ni du pays), contractés par son prédécesseur, et que les concessions qu'ils trouvent n'étant pas à échéance, il n'a donc pas la possibilité d'être propriétaire, d'exploiter les infrastructures et d'y retirer le moindre revenu. Dans ces conditions, certains pays et le Congo-Brazzaville en particulier, procède par la demande de rééchelonnement de la durée de la concession et

---

<sup>235</sup> Cf. Carsten thomas Ebenroth, Günter Reiner, Roger Boizel, *Succession d'États et droit international privé*, *J.D.I.*, 1 et sv.

l'opération semble être simple : si le nouveau gouvernement trouve que l'ancien gouvernement de l'État d'accueil avait conclu une concession pour une durée de 25 ans, il propose au concessionnaire le prolongement jusqu'à trente voire cinquante ans.

Dès lors, la durée d'exploitation qui reste après le départ de l'ancien gouvernement et celle prolongée à la demande du nouveau, constitue une avance de fonds attribuée au nouveau gouvernement, soit sous forme de prêt soit sous forme de dotation spéciale ou d'autres arrangements non soumis au contrôle de l'inspection d'État ou du conseil constitutionnel, au cas où le gouvernement jouit de la confiance du Parlement. Ce genre de pratique pèse sur l'avenir économique du pays qui, pourtant, est largement précaire parce que reposant, comme nous l'avions dit, sur une seule ressource.

**QUATRIÈME PARTIE**  
**PHASE CONTENTIEUSE DES CONTRATS *BOT***

## **CHAPITRE I**

### **Responsabilité en matière de violation de contrat *BOT***

La notion juridique de responsabilité a fait couler beaucoup d'encre et cela dans diverses branches de droit. Il ne serait pas réaliste, de passer en revue ladite notion telle qu'elle apparaît sous toutes les formes juridiques. Il faut relever cependant que la responsabilité juridique est souvent traitée sous deux angles, objets de sa qualification : la responsabilité contractuelle et lorsqu'elle ne l'est pas, elle est simplement dite délictuelle ou quasi-délictuelle. En matière des projets *BOT*, la base juridique de la responsabilité est l'obligation générale qui incombe au pays d'accueil du projet, en vertu soit de l'entente contractuelle soit d'un traité multilatéral ou bilatéral, de protéger et sécuriser l'investissement *BOT* ou investissement analogue sur son territoire. C'est pourquoi nous avons jugé bon de fixer a priori un examen sur la responsabilité des pouvoirs publics de l'État hôte (**Section 1**), puis nous nous attèlerons a posteriori (**Section 2**) à la tâche d'observer la distinction entre la responsabilité juridique et la responsabilité politique de l'État hôte, avant de nous pencher sur la responsabilité de la société concessionnaire (**Section 3**).

#### **Section 1**

#### **Responsabilité des pouvoirs publics**

La réalisation d'un projet *BOT*, surtout dans un pays émergent, pose au concessionnaire privé des problèmes de nature similaire à ceux rencontrés par tout investisseur étranger. Il partage également des préoccupations liées aux problèmes de concurrence «déloyale», de liberté tarifaire, de stabilité de l'environnement juridique, d'intangibilité des contrats, de liberté et de sécurité des changes, de liberté d'approvisionnement et d'importation

mais, et surtout, la problématique de responsabilité partagée entre les différents intervenants au projet. Dès lors que la convention *BOT* est signée par les parties, sur le fondement de celle-ci ou des lois de protection des investissements, la responsabilité du Gouvernement hôte d'assurer à cet investissement une protection adéquate, est engagée.

En France, la responsabilité des pouvoirs publics, relative à la réalisation des projets d'infrastructure s'exprime souvent à travers **la théorie du fait du principe**<sup>236</sup>. Celle-ci est une notion la plus connue du droit français de la concession qui définit un principe de responsabilité générale des pouvoirs publics à l'égard de leurs cocontractants privés pour les conséquences dommageables qui résultent de l'activité de la puissance publique au cours de l'exécution du contrat. Elle ouvre un droit à compensation dès lors que, par l'exercice de leurs prérogatives, par voie générale ou par de mesures individuelles, les personnes publiques aggravent unilatéralement les conditions d'exécution du contrat à la charge de leurs partenaires privés. Dans ces conditions, l'indemnisation du préjudice subi est alors intégrale.

Toutefois, ce principe général de la responsabilité d'assurer la protection de l'investissement étranger par l'État devrait appeler à une nuance qui constitue en même temps un enjeu.

### **Paragraphe 1 : Enjeux du débat sur la Responsabilité contractuelle de l'État hôte**

Dans la plupart des contentieux sur les investissements *BOT* et apparentés, portés ou non devant le CIRDI, l'entreprise concessionnaire reproche typiquement à l'État hôte de ne pas avoir protégé l'investissement étranger, qu'il soit direct ou indirect. Cette règle peut

---

<sup>236</sup> Voir Philippe BOLMIN, *Pour un nouveau partenariat Public/Privé, dans la réalisation des Grands projets d'infrastructure : La notion de co-développement*, RDAI/IBLJ, N2, 1999 p. 152 et s.

se justifier lorsqu'il est démontré que dans les engagements de l'État hôte résultant d'un traité, d'un accord de projet *BOT* ou encore des accords internationaux au premier rang la promesse d'assurer la protection des investissements étrangers est clairement énoncée. Au stade actuel de la jurisprudence internationale relative aux investissements, l'autorité concédante en tant qu'État de réception de l'investissement *BOT*, doit prendre toute mesure nécessaire pour assurer la pleine jouissance de la protection et de la sécurité de cet investissement du concessionnaire et ne saurait valablement tirer argument de sa propre législation pour se soustraire aux conséquences d'une telle obligation<sup>237</sup>.

Or la question de la responsabilité internationale de l'État à l'égard de l'investissement étranger ne peut pas seulement être traitée à la lumière de l'obligation générale contractée par l'État en vertu de laquelle il est tenu d'assurer la protection de celui-ci, puisque dans la plupart des cas, lorsque l'investissement étranger bénéficie de l'application d'une loi ou d'un traité de protection des investissements étrangers, la question de la responsabilité de l'État se pose en terme très différents. En droit des investissements, elle est traitée selon trois théories : la théorie de l'imputabilité (A); la théorie de l'inaction de l'État (B); la théorie de la non-responsabilité ou de l'exonération, qui sera traitée uniquement dans le cadre de notre thème sur l'interaction entre la responsabilité juridique et la responsabilité politique de l'État.

#### A.- Théorie de l'imputabilité

Dans ce cas, pour qu'il y ait responsabilité de l'État, il faut que les agissements qui ont conduit au préjudice lié à la perte de l'investissement *BOT* étranger, soient **imputables** à

---

<sup>237</sup> Sentence du 21 février 1997, *AMT c. Zaïre* dont l'original en langue anglaise a été publié in 12 International Arbitration Report No, avr. 1997, p. AI. En langue française voir J.D.I. 1, 1998 p. 256 et sv.

l'État hôte. Cette théorie a été confirmée par la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI*<sup>238</sup>. Selon cette théorie, pour déterminer la responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement il doit être prouvé « que le résultat ultime était la conséquence des actes ou omissions » des autorités de l'État. Dans la même perspective le Tribunal irano-américain dans l'affaire *OTIS*<sup>239</sup>, avait conclu que : « une multiplicité de facteurs ont affecté la jouissance par le demandeur de ses droits de propriété...Cependant le tribunal n'était pas convaincu que le demandeur avait établi que la violation de ces droits était causée par la conduite imputable au gouvernement iranien. Les actes d'intervention que le tribunal a estimé comme étant imputables à l'Iran ne sont pas suffisants dans les circonstances de cette affaire, que ce soit individuellement ou collectivement, pour conduire à la conclusion de la participation du demandeur dans Iran Elevator était intervenue ».

Avec la théorie de l'imputabilité, le concessionnaire a la charge de la preuve que son investissement qu'il soit *direct* ou par le biais d'un *joint-venture*, d'une entreprise commune constituée selon le droit local du pays hôte, est endommagé par des actes imputables à l'État de ce pays. La pratique montre que parmi les actes dommageables irréfutables comme preuve et qui n'ont pas besoin d'être démontrés, il y'a l'expropriation et la nationalisation. Or pour d'autres sentences arbitrales, spécialement la sentence *Tradex Hellas SA c/ l'Albanie*<sup>240</sup>, cette pratique n'est pas toujours observée. Dans cette affaire, les agissements que l'investisseur présentait comme une expropriation engageant la responsabilité de l'État albanais ou à tout le moins comme identifiait responsable d'une expropriation rampante, résidaient dans diverses décisions du gouvernement albanais d'attribuer aux villageois les terres exploitées par les fermes

---

<sup>238</sup> Affaire *ELSI*, *I.C.J. Reports 1989. 119*.

<sup>239</sup> I.L.R. 84, section 47.

<sup>240</sup> Décision du 24 décembre 1996 et Sentence du 29 avril 1999, J.D.I. 1. 2000, p. 173 et s.

telles que celles qui avaient fait l'objet de l'entreprise commune et à diverses interventions des villageois des environs sur les terres de la ferme exploitée par l'entreprise commune. L'investisseur reprochait en particulier à l'État d'avoir encouragé de telles interférences par ses promesses d'attribuer les terres aux villageois. La sentence avait défini l'expropriation à partir de deux éléments, la confiscation des biens d'une part et l'imputabilité des agissements à l'État d'autre part, avant de constater qu'aucun de ces éléments, en particulier l'imputabilité des agissements des villageois à l'État n'était établie en l'espèce. En cela, la sentence apporte au droit des investissements étrangers une contribution utile. La responsabilité étatique relative à l'expropriation ne peut exister et être reprochée à l'État qu'à partir du moment où les agissements qui ont conduit à la perte ou à la diminution de valeur de l'investissement peuvent lui être rattachés d'une manière ou d'une autre.

### **B.- Théorie de l'inaction de l'État hôte**

Nous venons de voir que c'est au concessionnaire d'établir la responsabilité internationale de l'État et de l'assigner directement devant un tribunal arbitral, comme le CIRDI, en prouvant qu'il a failli à son engagement de protéger l'investissement étranger. Ce principe de la divulgation de la preuve, qui incombe au concessionnaire, est valable même s'il se trouve dans une situation litigieuse dans laquelle son investissement *BOT* a été réalisé par l'entremise d'un *joint-venture* contrôlé entièrement ou majoritairement par l'État d'accueil<sup>241</sup>. Dans la plupart des lois ou traités relatifs à la protection des investissements par exemple, l'interdiction d'exproprier l'investissement sans indemnité est en effet complétée par l'obligation, beaucoup plus exigeante, d'assurer la protection de l'investissement.

---

<sup>241</sup> Comme ce fut le cas dans l'affaire Tradex, précitée.

Or, sur un tel fondement la preuve de l'imputabilité n'est pas requise. C'est dans ce cas, **P'inaction de l'État qui est sanctionnée.** L'investisseur n'a alors pas à rapporter la preuve qu'une action peut être imputée à l'État. La passivité de l'État suffit pour engager sa responsabilité. Pour prendre un exemple qui se rapproche des faits invoqués dans l'affaire *Tradex*, il ne serait nullement inconcevable que la responsabilité de l'État soit engagée, du seul fait de son incapacité à protéger l'investissement, si celui-ci avait été détruit ou privé de valeur par les actions des villageois. Par ailleurs, dans l'affaire *AMT c/ Zaïre*<sup>242</sup> l'imputabilité à l'État des agissements dommageables à l'investissement n'était pas non plus établie, mais l'obligation d'assurer la protection de l'investissement a suffi à engager sa responsabilité internationale. Ces exemples permettent ainsi de souligner à quel point l'obligation d'assurer la protection des investissements étrangers est plus exigeante que celle de ne pas les exproprier ou les nationaliser sans indemnité.

## **Section 2**

### **Responsabilité politique, effacement de la responsabilité juridique ?**

#### **Paragraphe 1 : Responsabilité politique, approche de définition**

À comparer avec la responsabilité juridique de l'État en matière de contrat *BOT*, la *responsabilité politique* peut être comprise comme l'obligation de l'État d'accueil du projet de «prendre toutes les mesures extra-contractuelles nécessaires relevant de son autorité pour assurer non pas seulement l'exécution du contrat mais et surtout la stabilité du pays, l'équilibre institutionnel, la santé de la population et l'intégrité territoriale». La responsabilité essentiellement politique comme mesures d'accompagnement des intérêts supérieurs de la Nation, échappe au contrôle judiciaire. Si au plan international elle est constituée par des gestes diplomatiques posés par un gouvernement hôte, étrangers à la règle de droit, elle se caractérise au plan interne par

---

<sup>242</sup> Sentence du 21 février 1997, J.D.I 1, 1998, p. 243.

des mesures extra-constitutionnelles visant à préserver non seulement l'intérêt général mais l'équilibre institutionnel. Ces mesures étatiques à défaut d'être juridiques ou encore contractuelles, se révèlent hautement politiques.

Ce qui nous conduit à nous interroger si la responsabilité politique de l'État a un effet d'exonération de sa responsabilité contractuelle ?

- *Le cas d'exonération ou de non-responsabilité de l'État.* Le droit en cette matière est loin d'être clair et défini. En effet, l'État d'accueil du projet, signataire d'un traité bilatéral ou multilatéral, d'une convention d'établissement ou d'un accord de projet **BOT**, a l'obligation contractuelle de prendre toute mesure nécessaire (même politique) tendant à assurer la protection et la sécurité des investissements étrangers sur son territoire. Ce principe général de droit international des investissements, relatif à la responsabilité contractuelle de l'État comme nous l'avons vu plus haut, a été pertinemment dégagé par le tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire American Manufacturing & Trading Inc. C/ République du Zaïre :

« l'obligation incombant à l'État du Zaïre, en tant qu'État de réception des investissements effectués par AMT, société de nationalité américaine, doit prendre toute mesure nécessaire pour assurer la pleine jouissance de la protection et de la sécurité de son investissement et ne saurait valablement tirer argument de sa propre législation pour se soustraire aux conséquences d'une telle obligation »<sup>243</sup>.

---

<sup>243</sup> Original en langue française de la sentence rendue en double original français et anglaise a été publié in 12 International Arbitration Report no 4, avr.1997, p. AI. Tiré J.D.I. 1, 1998, p. 243, dans laquelle il est fait mention que, les équipements des unités industrielles de la société américaine AMT en tant qu'actionnaire de Sinza, société industrielle (constituée au Zaïre mais qui était censée être une personne morale de nationalité américaine) avaient été victimes de pillage à l'issue des émeutes du 23-24 septembre 1991 et 28-29 janvier 1993.

L'engagement d'assurer aux investissements étrangers une protection conforme aux exigences du droit international est l'une des garanties les plus fréquemment rencontrées dans les traités de protection des investissements. C'est sur le fondement de dispositions analogues qu'un précédent tribunal arbitral a pu retenir la responsabilité du *Sri Lanka* pour la destruction d'un centre de production survenue au cours d'une opération militaire conduite par les forces de sécurité contre des installations utilisées par des rebelles<sup>244</sup>. En outre, la première sentence dans l'affaire *Amco*, dans laquelle l'expropriation d'un hôtel avait été réalisée avec l'assistance de l'armée, avait également donné à une sentence, l'occasion de rappeler que « *c'est une règle généralement admise en droit international, clairement exprimée dans les sentences internationales et les jugements et communément admise par les auteurs, que l'État a le devoir de protéger les étrangers et leurs investissements contre les actes illégaux de leurs nationaux* »<sup>245</sup>.

Par ailleurs, est aussi admis en droit international le principe d'exonération de la responsabilité de l'État devant la perte de l'investissement étranger notamment abîmé par les pillages et destructions résultant d'une action de combat. Et certains tribunaux arbitraux ont été confrontés à la difficulté susceptible de résulter de l'articulation du principe général de protection de l'investissement et de la règle, également traditionnelle, selon laquelle l'État n'est pas responsable des dommages résultant des actions de combat.

Nous nous rappelons que cette question avait divisé les arbitres dans l'affaire *AALP c/ Sri Lanka*<sup>246</sup>. La majorité estimait en effet, que la responsabilité de l'État pouvait être

---

<sup>244</sup> V. la sentence rendue le 27 juin 1990 par M. Ahmed El Koshi, Président, Berthold Goldman, arbitre, avec l'opinion dissidente de M. Samuel ASANTE dans l'affaire *AALP c/ Sri Lanka* : *JDI* 1992, p. 216, obs. E. Gaillard).

<sup>245</sup> V. La sentence rendue le 20 novembre 1984 par MM.B. Goldman, Président, E. W. Rubin et I. Foighel, arbitres, *Amco c/ Indonesia* : *J.D.I.* 1987, p. 145, spécialement p. 148.

<sup>246</sup> V. *J.D.I.* 1992, p. 222.

retenue au titre du devoir général d'assurer la protection des investissements, même lorsque les dommages étaient survenus au cours d'une action de combat, alors que l'arbitre dissident soutenait que le principe de **non-responsabilité** de l'État pour les dommages causés dans ces circonstances constitue une véritable exception au principe général de protection<sup>247</sup>. Si elle avait été adoptée, cette conception aurait pour effet, dans l'affaire *AALP*, d'écarter la responsabilité de l'État.

Si la question de l'examen de l'obligation de moyen et de résultat, avait été examinée dans l'affaire *AMT*, le raisonnement pouvait cependant dans d'autres circonstances de fait, avoir des conséquences plus radicales au profit de l'État ex-Zaïrois. Il aurait pu en aller ainsi si les forces armées avaient agi dans le contexte d'actions de combat. On aurait alors retrouvé, dans la dialectique principe-exception avancée par M. Golsong, la raison qui, dans l'affaire *AALP*, a fait conclure à l'arbitre dissident que la responsabilité de l'État ne devait pas être engagée du tout.

C'est dire que la controverse sur ce sujet n'est pas close et que d'autres tribunaux arbitraux seront vraisemblablement appelés à se prononcer sur le fondement d'un contrat de concession, d'une loi, d'autres traités bilatéraux ou multilatéraux, sur la question de la responsabilité éventuelle de l'État à l'égard des investissements étrangers lorsque les dommages auront été causés à l'occasion des luttes entre factions rivales par exemple. Au cours des dernières années, ces circonstances se sont rencontrées suffisamment fréquemment dans ces États ayant conclu de nombreux traités bilatéraux de protection des investissements pour que l'on puisse s'attendre à de nouveaux contentieux à ce sujet.

---

<sup>247</sup> V. J.D.I. 1992, p. 224 s. V. également en ce sens, P. Rambaud, des obligations de l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger, Sent. *AALP* c/ Sri Lanka : Annuaire fr. dr. Int., 1992, p. 501.

Étant donné qu'il appartient souvent à l'État hôte de démontrer qu'il a pris toutes les mesures aptes à assurer la protection des investissements de la société étrangère sur son territoire, on peut par contre se demander quel est le critère pour déterminer le niveau de précaution à prendre par l'État de réception de l'investissement *BOT*, conformément au standard minimum reconnu par le droit international. Quelles sont les mesures appropriées à prendre par l'État hôte pour assurer la sécurité de l'investissement étranger?

A cette interrogation, la sentence *AMT* a fait état de deux obligations « objectives » de protection de l'investissement, qui incombent à l'État hôte et qui constituent un standard minimum requis par le droit international : *l'obligation de vigilance* et *l'obligation de prudence*.

Malgré l'existence ou l'absence de faute de l'État hôte ou indépendamment de celle-ci, il suffit pour la société concessionnaire de prouver que l'État hôte n'a pas rempli son obligation de *vigilance*, et *a fortiori* l'obligation de *prévention*. Nous savons bien qu'au plan pratique l'obligation de vigilance et de prévention, se révèlent inutiles lorsque par exemple le gouvernement régulier est chassé par les rebelles à l'issue d'un combat ou lorsque ce sont les pays les plus puissants qui les imposent à la tête d'un pays. Dans le cas d'un embargo comme nous le verrons, les obligations de vigilance et de prévention sont affaiblies par la force d'un État puissant qui l'a imposé à la place de l'ONU.

Et la majeure partie des sentences arbitrales s'inscrit dans la même logique, c'est-à-dire s'évertue à incriminer l'État hôte d'avoir manqué à l'obligation de sécuriser les investissements internationaux, *tout en prenant soin d'éviter d'introduire à cet effet le débat que nous croyons fondamental pour déterminer la responsabilité de l'État*.

consistant à se demander si en l'espèce l'État hôte doit être tenu d'une obligation de résultat ou d'une simple obligation de moyen<sup>248</sup>.

Dans le contexte de la responsabilité politique de l'État, ces obligations de *moyen* et de *résultat*, peuvent être limitées dans la mesure où les projets *BOT* en cours de réalisation, sont *surpris* par la survenance d'événements politiques qui nécessitent des mesures politiques ou diplomatiques et non juridiques (bien que la nature des problèmes posés reste rigoureusement juridique). Il existe plusieurs cas de responsabilité politique de l'État, qui sont de nature à le décharger de sa responsabilité contractuelle et politique et trois seulement seront illustrés ;

En cas de couvre feu prolongé à la suite d'un coup d'État ou d'un état d'urgence (le Président de la république par exemple est tué), qui frappe le projet *BOT* en cours de réalisation et rendant pratiquement impossible sa continuation à cause de l'armée étrangère d'occupation dans ce pays ;

L'irresponsabilité de l'État devrait être justifiée dans l'hypothèse où à l'issue d'un combat, si les dommages sur les projets *BOT* en cours de réalisation, sont causés par des rebelles, à cause de leur qualité de rebelles et parce que, là où il n'y a pas *autorité effective* de l'État, sa responsabilité contractuelle est tenue en échec par des rebelles et sa responsabilité politique, voire contractuelle, n'a pas plein effet. C'est le cas de certains projets qui ont été exposés à telles situations en Ex-Zaïre<sup>249</sup>, au Congo-Brazzaville<sup>250</sup> et en Angola. Toutefois une telle règle n'est pas sans conséquence. Car il faut faire remarquer qu'en pratique, elle risque souvent d'encourager les sociétés étrangères à se

---

<sup>248</sup> Cette question est capitale en droit des investissements pour traiter la problématique d'exonération que la plupart des investisseurs ne souhaitent pas entendre parler.

<sup>249</sup> On a constaté en 1998 en ex-Zaïre, deux gouvernements formés respectivement par les rebelles qui contrôlaient la moitié du territoire et l'État. Certaines anciennes puissances coloniales signaient, en pleine guerre auprès des deux parties en conflit, des contrats de concession d'extraction de diamants.

<sup>250</sup> La France ancienne puissance coloniale, avait renouvelé des concessions pétrolières aux rebelles revenus au pouvoir par coup d'État en juin 1997, concessions qui ont été refusées au Président démocratiquement élu en 1992 après la conférence nationale souveraine.

départir de leur neutralité et à travailler au succès des rebelles à conquérir le pouvoir, seule chance pour elle d'être indemnisées comme l'a fait la multinationale ELF-TOTAL-FINA au Congo-Brazzaville en juin 1997;

En cas de bombardements de l'OTAN, sans mandat de l'ONU, l'État hôte devrait être exonéré de sa responsabilité contractuelle d'un ou plusieurs projets *BOT* en cours de réalisation puisque sa responsabilité politique est présumée engager d'après la coalition militaire qui l'agresse, tandis que sa responsabilité protectrice de l'investissement est *inopérante*<sup>251</sup>.

Un embargo décrété par un État puissant peut empêcher l'État à exécuter les engagements contractuels antérieurs, puisque les fournisseurs de produits et des services ne peuvent plus les acheminer dans le pays sous embargo<sup>252</sup>. Cette dernière hypothèse démontre bien l'impuissance de l'État à honorer ses engagements contractuels qui sont, en toute évidence, surpris par l'interruption provoquée par l'embargo à la seule condition bien sûr, comme le veut le droit international, qu'il soit décrété en cours d'exécution du contrat<sup>253</sup>.

Toutes ces hypothèses citées, reçoivent habituellement de la doctrine, une justification soit par l'appel à l'exception de force majeure soit par l'intérêt général certes, mais *elle*

---

<sup>251</sup> C'est le cas de l'ex-yougoslavie et de l'Irak. Les tentatives de résolution diplomatique de la crise sont restées sans aboutir à cause du caractère non-négociable des résolutions des Nations unies. Le programme *pétrole contre nourriture, mesures plus politiques que juridiques imposées à l'Irak*, peuvent l'empêcher d'assumer sa responsabilité contractuelle vis-à-vis des investisseurs étrangers qui avaient entamé la réalisation des projets *BOT* dans ce pays. Voir, la réflexion faite par Ali Bencheneb, *Pétrole contre nourriture : l'ONU et les contrats internationaux d'assouplissement de l'embargo consécutif à la guerre du Golfe*, J.D.I. 4, 1997 p. 5 et s.

<sup>252</sup> Cf. Éric Robert, *Embargo, notion confuse*, Cahiers A.E.D.B.F/E.V.B.F.R – Belgium, Actes de la journée d'études du 1<sup>er</sup> déc. 1995, organisé par l'Association européenne pour le droit Bancaire et Finance – Édition Bruylant, 1996 p.1 à 40.

<sup>253</sup> C'est par exemple le cas de la Libye et l'IRAK. Mais une chance pour les anciens créanciers de la Libye, qu'au moment où, les Nations unies s'apprentent à lever l'embargo, le gouvernement est resté le même. Le problème juridique de la continuité ou non de l'État n'est pas censé se poser. Ce qui faciliterait d'ailleurs la procédure d'indemnisation.

*reste muette quant à la détermination des conditions dans lesquelles la responsabilité politique de l'État peut l'exonérer de sa responsabilité contractuelle dans le domaine des projets BOT.* Souvent les solutions relatives aux cas précités, souffrent d'exceptions. Celles-ci sont le résultat de pourparlers diplomatiques<sup>254</sup> où la politique l'emporte sur le droit et qui peuvent aboutir à des résultats diamétralement opposés.

## **Paragraphe 2 : Ébauches de solutions juridiques aux problèmes par la responsabilité politique de l'État**

La responsabilité politique de l'État se définit comme une obligation du Gouvernement hôte de prendre toutes les mesures nécessaires et non juridiques pour la sauvegarde des intérêts supérieurs de la Nation. Dans les régimes démocratiques, le gouvernement est politiquement responsable devant le Parlement, dans l'hypothèse où un contrat de concession *BOT*, menace gravement l'économie nationale et met en danger l'équilibre des institutions. C'est ce pouvoir qui l'amène à donner parfois la préférence à la rupture brutale du contrat *BOT*<sup>255</sup> sous peine de voir le Parlement contraindre le gouvernement à démissionner dans les pays démocratiques et des coups d'État, dans les pays qui ne le sont pas. Il est clair qu'en cas de crise grave qui menace à la fois l'équilibre institutionnel d'un État souverain et un contrat *BOT* le liant à une multinationale, l'État

---

<sup>254</sup> Si le concessionnaire étranger a subi un préjudice quelconque du fait de l'invasion d'un autre État ou du conflit armé qui a suivi, c'est à l'État agresseur qu'il doit demander réparation. S'il n'obtient pas réparation auprès des tribunaux de ce pays, il pourra alors demander à son gouvernement, d'exercer la protection diplomatique. L'État du concessionnaire lésé devra agir contre l'État agresseur au niveau inter-étatique. L'État du concessionnaire n'indemnifiera son ressortissant que lorsqu'il sera lui-même indemnisé par l'État agresseur c'est-à-dire l'État dont les actes fautifs ont suscité l'embargo. Cette procédure extrêmement lourde et fort aléatoire de la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État par l'exercice de la protection diplomatique est en l'occurrence simplifiée comme le montre la tendance actuelle par la constitution auprès des Nations Unies d'un Fonds de compensation qui sera alimenté par des revenus énergétiques de l'État pour qui l'embargo a été décrété, qui servira à réparer les dommages subis par les personnes physiques, les sociétés et les États du fait de l'invasion et de la guerre qui s'en suit. Dans le cadre de l'invasion sur le Koweït par exemple, ce Fonds pourra recevoir et traiter les réclamations consolidées des États contre l'Irak. Enfin les personnes physiques et les sociétés devront donc passer par l'État dont elles sont ressortissantes.

<sup>255</sup> Affaire CCI No 3790, sentence rendue en 1983, inédite, qui opposait la Libye à l'Égypte.

prendra des mesures politiques pour privilégier l'équilibre institutionnel au détriment du contrat *BOT*.

A la question de savoir si ces décisions politiques peuvent l'exonérer de son obligation d'indemniser le concessionnaire, il nous paraît difficile de prendre position par rapport à cette question largement discutable en droit et qui est laissée à la discrétion de l'arbitre<sup>256</sup>. Cela dépend de la nature de la crise, des mesures nécessaires de la part de l'État pour assurer la protection de l'investissement étranger et l'étendue du caractère périlleux des institutions de la République<sup>257</sup> ou de l'extinction de l'État.

### **Section 3**

#### **Synthèse sur la responsabilité de la société concessionnaire**

Dans les projets *BOT* et projets apparentés, c'est le plus souvent sur la responsabilité de l'État hôte, que se focalisent les inquiétudes des promoteurs. Pourtant ces types de projet engagent des sommes d'argent importantes et une partie ne peut supporter à elle seule tous les risques du projet. C'est ici qu'il faut évoquer le partage de responsabilité. Celle de la société concessionnaire s'exprime à travers toutes les phases du développement du projet, la construction, l'exploitation et le transfert. La responsabilité de la société concessionnaire s'engage d'abord à l'égard de l'État hôte, puis à l'endroit de ses cocontractants, enfin vis-à-vis des prêteurs ou des créanciers.

---

<sup>256</sup> Dans l'affaire *AMT c. Zaïre*, précité, l'arbitre s'est borné à évoquer l'obligation de vigilance et de prévention sans tenir compte des critères relatifs à la capacité de contrôle de l'État zaïrois, devant l'ampleur des émeutes et le pillage. L'arbitre aurait dû tenir compte du *pouvoir de contrôle* de cet État pour déterminer la responsabilité contractuelle en dépit de la clause relative à la responsabilité automatique, prévue par le traité bilatéral Américano-Zaïrois, en cas d'émeutes et de pillage.

<sup>257</sup> Nous ne sommes pas sûr que les concessionnaires étrangers qui ont été surpris par les conflits au proche orient, en Israël, en Palestine, au Liban etc. ont été dédommagés par ces pays qui sont encore en guerre.

L'accord de projet peut prévoir que la société concessionnaire est la seule responsable de la construction, l'exploitation et du fonctionnement du service *BOT* concédé, qu'elle gère à ses risques et péril dans le cadre de la concession. Si en matière d'environnement, les responsabilités sont parfois partagées avec l'autorité concédante, la société concessionnaire a la responsabilité de trouver les fonds pour faire construire et gérer et exploiter elle-même le projet ou l'infrastructure, sans pouvoir, sous peine de déchéance, céder partiellement ou totalement la concession ou se substituer de son propre chef, sans l'accord préalable et exprès des pouvoirs publics du pays d'implantation du projet, un tiers pour l'exercice partiel ou total des attributions ou des compétences qui lui incombent. Elle demeure d'ailleurs dans cette hypothèse seul responsable à l'égard de l'État hôte. Elle a aussi la responsabilité de se soumettre au *régime fiscal*, du pays d'accueil de projet, le cas échéant.

Dès l'entrée en vigueur du contrat *BOT*, la société concessionnaire à partir de cette date et pour toute la durée du contrat, doit couvrir sa responsabilité, notamment au titre des biens affectés au service des travaux qu'elle doit effectuer, des risques électriques ou des bris de machines, par des polices souscrites auprès de compagnies d'assurances le plus souvent agréées dans le pays d'implantation, et s'oblige à informer le gouvernement hôte de toute résiliation de ces polices.

## **CHAPITRE II**

### **Institution compétente et procédures de Règlement des différends**

Les litiges qui naissent à la suite de l'inexécution d'un contrat *BOT*, peuvent être de deux ordres : soit le différend oppose les deux principaux contractants, l'autorité concédante et la société concessionnaire, soit qu'il oppose les sous-traitants à la société concessionnaire. L'interruption du projet à la suite d'un contentieux cause d'énormes préjudices à tout le montage contractuel et financier. Par conséquent, les arrangements à l'amiable sont souvent privilégiés. Lorsque ce n'est pas le cas, dans l'accord du projet, les parties conviennent d'habitude à travers **une clause d'arbitrage et de résolution des conflits**, de soumettre leurs différends à l'arbitrage. Cette clause doit contenir plus explicitement les règles gouvernant le processus d'arbitrage, le droit applicable, l'endroit où aura lieu l'arbitrage ainsi que la procédure d'exécution et de reconnaissance de la sentence arbitrale<sup>258</sup>. Quelle serait alors l'institution compétente pour entendre les plaintes en provenance des parties au contrat *BOT* ?

#### **Section 1**

#### **Institution compétente et nature des différends**

Étant donné que la nature des différends entourant les circonstances contentieuses d'un contrat *BOT* est fréquemment d'ordre commercial, les conditions juridiques du

---

<sup>258</sup> Pour éviter d'affronter les procédures internes parfois compliquées, les parties contractantes peuvent se rapporter à la Convention de New York de 1958 relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internationales, pourvu que les pays dont les parties sont ressortissantes soient tous signataires de cette Convention. V. MARTINEZ Ramona, Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards Under the United Nations Convention 1958: The « Refusal » Provisions, (1990) 24 *The Int' Lawyer* 487 ; PRYLES, M. Foreign Awards and the New York Convention, *Arb. Int.* 1993, p. 259 et s.

règlement des différends, peuvent être créées par une entente des parties ou par une législation interne spéciale reposant sur des normes internationalement admises concernant l'arbitrage commercial international et répondant aux besoins particuliers de l'arbitrage international. La loi type de la CNUDCI relative à l'arbitrage international, constitue un modèle particulièrement adapté<sup>259</sup>.

Une autre avenue, consiste à recourir aux compétences du Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) (en anglais (ICSID))<sup>260</sup> pourvu que les parties le conviennent ou au moins une partie le saisisse, et que les conditions objectives de compétence, requises par la Convention du CIRDI soient remplies. Le problème de la compétence du CIRDI est traité dans l'article 25 de sa Convention<sup>261</sup>. On peut dire à son propos que trois conditions sont requises :

il faut qu'il s'agisse d'un différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement ;

il faut que le différend soit né entre un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant ;

il faut que les parties aient consenti à soumettre le différend au Centre.

---

<sup>259</sup> Geneviève BURDEAU « Nouvelles perspectives pour l'Arbitrage dans le contentieux économiques intéressant les États » *Revue de l'arbitrage* 1995 – N° 1 page 19 note 28.

<sup>260</sup> Nul ne peut aujourd'hui contester, le regain d'activité particulièrement remarquable, que connaît le CIRDI, qui a des compétences larges pour entendre les litiges relatifs aux traités tant bilatéraux que multilatéraux de protection des investissements. On rapporte que plus 700 sur 1100 traités bilatéraux dans le monde en 1998, ont visé le CIRDI comme institution devant laquelle les différends qui sont tombés dans le champ d'application ont été réglés alors que quatre traités multilatéraux (Alena ; Mercosur ; l'Accord de libre échange de 1994 entre le Mexique, la Colombie et le Venezuela, la Charte de l'Énergie de 1995 visent également le Centre comme mécanisme de règlement de différends (J.D.I. 1, 1998 p. 242). Ce phénomène a déjà retenu l'attention de la doctrine qui a trouvé dans la multitude des traités faisant référence au CIRDI une source potentielle de compétence qui ne pouvait aller qu'en se développant. Cf. spécialement G. Burdeau, Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États : *Rev. Arb.* 1995, p.3 s. –E. Gaillard, *obs.* : *JDI* 1995, p. 274. – S. Manciaux, Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : 25 années d'activité du Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements, th. Dijon 1998, p.161

<sup>261</sup> Ci-après Convention de Washington pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements.

Toutefois, il est à noter que certains pays d'implantation manifestent une approche plus protectionniste du droit des investissements. En effet, la possibilité d'arbitrage, en cas de différends entre la société concessionnaire chargée du projet et les pouvoirs publics, peut être limitée dans certains systèmes de droit<sup>262</sup>.

Outre la consultation consensuelle de la CIRDI, certaines parties prenantes à la convention *BOT*, surtout lorsque le concessionnaire a formé un *joint venture* avec une entreprise publique ou une société entièrement contrôlée par l'État hôte, peuvent prévoir dans ladite convention, une clause d'arbitrage qui privilégie la Chambre de Commerce et d'Industrie (CCI) en cas de litige. Dans ce contexte précis, la caractéristique de la situation litigieuse dans l'affaire *Tradex Hellas c/République d'Albanie* est instructive. L'investissement de la société grecque Tradex avait été réalisé par l'entremise d'un *joint-venture* constitué selon le droit albanais. Après avoir négocié l'opération avec l'État, l'investisseur étranger susmentionné a conclu avec une société entièrement contrôlée par l'État, T.B. Torovistsa, une convention créant l'entreprise commune. Or cette convention, en date du 10 janvier 1992, contenait elle-même une clause d'arbitrage CCI.

L'une des questions la plus délicate était de savoir si, dans des telles circonstances, l'investisseur étranger pouvait assigner directement l'État devant le CIRDI sur le fondement d'une loi ou d'un traité de protection des investissements ou s'il devait se contenter d'assigner l'entreprise publique devant un tribunal constitué sous l'égide de la CCI en application de la clause compromissoire contenue dans la convention créant l'entreprise commune.

---

<sup>262</sup> Par exemple, dans les pays où les différends relatifs aux investissements auxquels le gouvernement est partie, relèvent obligatoirement des tribunaux nationaux.

Le Tribunal arbitral du CIRDI a répondu à cette question en distinguant deux relations. Il était loisible à l'investisseur étranger au sein d'un *joint venture* d'assigner l'entreprise publique devant un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI sur le fondement de la convention créant ce joint venture. En revanche, dans la mesure où il peut adresser à l'État lui-même un grief distinct de l'attitude propre de l'entreprise publique, l'investisseur étranger peut saisir la CIRDI.

La sentence n'a pas étayé par ailleurs, de manière objective, les circonstances juridiques dans lesquelles, d'une part, l'entreprise publique a violé ses engagements contractuels sans que rien ne puisse être reproché à l'État et, d'autre part, le cas où seule la responsabilité de l'État albanais pouvait être recherchée (pour avoir failli à l'engagement de protéger l'investissement étranger pour que la compétence de la CIRDI soit retenue par exemple) parallèlement à celle de l'entreprise publique pour avoir méconnu les obligations du contrat. Elle n'a pas non plus détaillé les difficultés que sont susceptibles de soulever un tel concours au moment du calcul du quantum, l'indemnisation éventuellement reçue par l'investisseur de l'entreprise publique devant naturellement venir en déduction du montant global du dommage réclamé à l'État au titre de la violation de ses propres engagements.

En définitive, par souci d'efficacité et de rapidité, il est conseillé, compte tenu de la variété et de la complexité que peuvent revêtir les différends liés aux projets *BOT* et apparentés, que le droit permette aux parties, de concevoir des mécanismes pour régler leurs désaccords au fur et à mesure qu'ils apparaissent et éviter qu'ils ne débouchent sur un litige déclaré. Dans certains cas, il est utile pour les parties de constituer des groupes d'experts, composés selon des modes variables en fonction de la nature des questions en jeu, et chargés de faire des recommandations aux parties en vue du règlement de leurs différends. La mise en œuvre du projet *BOT* risque d'être difficile si des différends

même mineurs, surgissant au sujet de questions techniques, nécessitent des procédures prolongées parce que la loi n'autorise pas expressément la constitution d'un mécanisme qui permettrait de les régler précocement.

Quant aux différends entre la société concessionnaire, chargée du projet et les sous-contractants, ils constituent une autre catégorie de différends dont le pays d'implantation peut vouloir se soucier. Si les différends entre l'État hôte et le concessionnaire étranger peuvent bénéficier des arrangements pré-contentieux, il en est de même pour ceux qui opposent la même société concessionnaire aux sous-contractants. Le concessionnaire peut être autorisé par l'autorité concédante à constituer des mécanismes de règlement des différends ou dans certains cas, être obligé de le faire. La difficulté apparaît lorsque les sous-contractants sont de nationalité différente et qu'ils portent le différend devant des tribunaux arbitraux dans deux pays différents<sup>263</sup>. Un autre aspect de la difficulté que peut revêtir le projet *BOT* en cas de différend est, lorsqu'il y a plusieurs différends et qu'ils opposent plusieurs sous-contractants du projet à l'État hôte. La saisine de plusieurs tribunaux arbitraux peut arrêter la mécanique exécutoire du contrat *BOT* de même qu'un seul litige peut bloquer tout le système.

## **Section 2**

### **Étude critique de quelques sentences arbitrales relatives aux conventions *BOT***

Ayant peu de moyens à notre disposition pour mener une recherche conséquente sur l'actualité relative aux sentences arbitrales portant sur les projets *BOT*, notre analyse critique propose de se situer à quelques sentences rendues par le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux investissements (CIRDI), dans le cadre

---

<sup>263</sup> C'est la question de la connexion et litispendance en droit des investissements qui est soulevée ici.

d'une approche globale de l'investissement ou le Règlement d'arbitrage du Mécanisme supplémentaire<sup>264</sup>, qui lui, s'applique le cas échéant, à des situations où le CIRDI n'est pas compétent simplement parce que le différend n'est pas en relation directe avec un investissement<sup>265</sup>. A cet égard, nous ne perdrons pas de vue que, les projets *BOT* sont avant tout un investissement mais on ne peut s'empêcher de s'interroger s'il est direct ou indirect ? Ces sentences ont donc été choisies à cause de la particularité des problématiques qu'elles posent, qu'elles développent et font avancer le droit des investissements. Notre démarche va entre autres se focaliser sur la question du débat quant aux éléments constitutifs de l'investissement (**Paragraphe 1**), dans quelle mesure le consentement ou non des parties au contentieux relatif à un investissement, fonde la compétence de la CIRDI (**Paragraphe 2**), enfin nous ferons l'étude des cas ciblés dans lesquels le Centre a développé la problématique de l'indemnisation pour manquement à l'obligation de protection et de sécurisation de l'investissement (**Paragraphe 3**).

### **Paragraphe 1 : Définition et controverse sur la notion d'investissement**

La notion d'investissement relève avant tout de l'économie et non du droit même si dans les litiges économiques ou commerciaux, surgissent des questions de nature juridiques<sup>266</sup>. Cependant il est important de mentionner qu'au terme de l'économie ou du droit, la notion d'investissement n'a jusqu'ici reçu aucune définition qui soit uniforme<sup>267</sup>.

---

<sup>264</sup> CIRDI, Document ICSID/11, 1979.

<sup>265</sup> Règle Gouvernant..., art. 2(b).

<sup>266</sup> Certes cette expression économique d'investissement ne correspond à aucune réalité juridique particulière, mais peut recouvrir de nombreuses opérations comme l'émission, l'achat, la vente de titres, l'achat des biens et droits immobiliers, l'octroi des prêts, l'achat ou la cession de droits de propriété industrielle, aussi bien que la création ou la prise de contrôle d'une unité de production industrielle et commerciale.

<sup>267</sup> La doctrine a également perçu le caractère divergent et non-uniforme de la notion d'investissement international, divergences qui résident essentiellement dans la définition du substantif « investissement » et sur la définition du qualificatif « international ». Voir Dominique Carreau et Patrick JUILLARD *in Droit international économique*, 4<sup>e</sup> édition, L.G.D.J p. 395 et suivantes.

A la base « investir, c'est « placer dans » en parlant d'épargne ou de capital. Cette opération supposant une intention de production ultérieure, le véritable investissement est productif. Il doit donner un profit, traduisant son utilité économique, c'est le supplément de biens qu'il apporte à l'économie»<sup>268</sup>. Il faut cependant distinguer deux sortes d'investissement : celui effectué à l'échelle *nationale* c'est-à-dire celui en parlant de personne morale qui a la nationalité d'un État et contrôlée à 100% par les actionnaires locaux et celui qui est qualifié d'*étranger* ou *investissement international*<sup>269</sup> (dont nous nous attacherons dans notre analyse), effectué dans un État par des personnes privées résidant hors de cet État. Souvent le qualificatif « étranger » ne se réfère pas à la nationalité de l'investisseur, mais seulement à son pays de résidence. Si la détermination de ce lieu de résidence ne donne normalement lieu à aucune difficulté dans le cas d'un investisseur personne physique, par contre des problèmes plus complexes peuvent se poser lorsque l'investisseur est une société<sup>270</sup>.

Désormais compte tenu du caractère ambivalent et parfois imprécis de la notion d'investissement, notre analyse se vaudra une brève approche comparée des Conventions établissant l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI ou MIGA) et de Washington sur cette notion (A). Puis il s'agira de lever l'équivoque

---

<sup>268</sup> Fernand BAUDHUIN, *Les investissements de l'industrie Belge*, Bruxelles, 1969.

<sup>269</sup> Nous partageons la réflexion faite par Dominique Carreau et Patrick Juillard, selon laquelle, il n'existe pas à l'état actuel du droit international une définition unique de l'investissement international.

<sup>270</sup> Les questions qui se posent à propos de l'établissement et des prestations de services des personnes morales, et en particulier des sociétés, dans les relations internationales, ne sont pas les mêmes que celles qu'on peut rencontrer à propos des personnes physiques : Par exemple pour celles-ci, s'établir à titre principal dans un pays étranger c'est normalement y fixer son domicile ou du moins sa résidence durable. A cela correspondrait, pour une société, *le transfert de son siège social* : or, en l'état actuel des droits internes et du droit international des sociétés, ce transfert se heurte à des obstacles souvent insurmontables et entraîne de très onéreuses conséquences fiscales. Pour l'ensemble des questions annoncées relèvent, à titre général, du droit international privé et du droit du commerce international, et sont amplement traitées dans les ouvrages consacrés à ses disciplines ; v. notamment H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 7<sup>e</sup> éd., 1981, n<sup>o</sup>s 190 et s.; Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> édition 1993, n<sup>o</sup>s 704 et s.; P. Mayer, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. 1991, n<sup>o</sup>s 1018 et s. ; B. AUDIT, *Droit international privé*, 1991, n<sup>o</sup> 1073 et s.; Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, *Droit du commerce international*, 1969, III<sup>e</sup> Partie.

concernant les positions divergentes doctrinales et jurisprudentielles sur la question des droits et obligations relatifs à l'existence d'un investissement et sur les effets qu'il peut y avoir sur l'obligation d'honorer certains effets de commerce (B).

#### A.- Aperçu comparé des conceptions de la notion d'investissement dans les Conventions d'AMGI et de Washington

Bien qu'un certain parallèle existe entre la Convention établissant l'Agence Multilatérale de Garantie des investissements (AMGI)<sup>271</sup> et la Convention CIRDI, dans la mesure où les investissements garantis par la première, pourraient être qualifiés d'investissements au sens de l'article 25 (1) de la Convention CIRDI, les *deux systèmes ne sont pas identiques*. Entre autres différences, il est concevable qu'un investissement au sens du CIRDI par exemple, puisse ne pas bénéficier d'une assurance AMGI s'il ne remplit pas les conditions plus strictes de la Convention AMGI. L'AMGI concerne essentiellement les investissements directs étrangers<sup>272</sup>, tandis que comme nous le verrons, le CIRDI peut concerner d'autres investissements. En effet, le champ d'application de l'AMGI pourrait être étendu à « d'autres formes d'investissements à moyen et à long terme », y compris des prêts concernant des investissements<sup>273</sup>, une alternative qui élargit ainsi le champ d'application de la Convention AMGI.

Par ailleurs, on se souvient que la convention de Séoul<sup>274</sup> avait objectivé les éléments essentiels et constitutifs de ce qu'on peut appeler un «investissement».

---

<sup>271</sup> Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, 1985: *International Legal Materials*, vol.24, 1985, 1605.

<sup>272</sup> *Operational Regulations Of the Multilateral Investment Guarantee Agency*, 1988, amendée, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 3, 1988, p.360; *Lamm and Smutny, préc.*, p. 80.

<sup>273</sup> *Operational Regulations of the Multilateral Investment Guarantee Agency, préc.*, supra note 32, p. 370. - *Lamm et Smutny, préc.*, p. 82.

<sup>274</sup> Voir la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 créant l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) in *D.Carreau et P.Julliard*, op.cit., note 1079, p.404-405. Voir aussi LABROUE Jean Pierre, La Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements entrerait en vigueur au printemps, 1988 no 1 pp. 123/126.

Ces éléments sont au nombre de trois et sont jusqu'ici invariables :

- le premier est l'*apport*, qu'il soit en espèces ou en nature (des biens corporels ou des biens incorporels) à l'exclusion de tout apport en industrie.
- Le second ne peut être dissocié avec le premier, c'est la *durée*. En effet, l'*apport* doit s'inscrire dans la *durée*. Sachant que l'investissement n'est pas une opération spéculative : l'investisseur doit être conscient que la satisfaction qu'il attend de son opération ne peut être que différée. Par suite, la Convention de Séoul n'accorde la qualification d'investissement qu'aux seules opérations à moyen ou à long terme. Sont donc exclues du champ de la garantie les opérations à court terme.
- En troisième lieu, il ne peut y avoir investissement que pour autant que l'investisseur supporte, au moins partiellement, les aléas de l'entreprise. En d'autres termes la satisfaction que l'investisseur attend de l'opération doit être, au moins pour partie, tributaire des résultats de l'exploitation, que ceux-ci soient bénéficiaires ou déficitaires. Ce dernier critère est essentiel : c'est lui qui permet de distinguer, en effet, entre les arrangements contractuels selon que ceux-ci sont ou ne sont pas constitutifs d'investissements.

Contrairement à la Convention de Séoul qui a tenté de fixer les éléments objectifs qui caractérisent un investissement, il n'y a pas de définition d'investissement dans la Convention de Washington<sup>275</sup>. De nombreuses tentatives ont été faites durant les

---

<sup>275</sup> L'abandon de toute tentative de définir de la notion d'investissement par les rédacteurs de la Convention de Washington avait été justifiée par les administrateurs de la Banque mondiale par le « fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle » de la compétence du Centre et par l'existence du « mécanisme par lequel des États contractants peuvent s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou qu'ils ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (art. 25(4)) » ( *Rapport*, Parag. 27. *Sur l'ensemble de la question*, V. A. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Others States : RCADI 1972, II, t. 136, p. 331 s., spécialement p. 362.* - C. Schreuer, « *Commentary on the ICSID Convention* », *11 ICSID Rev.* 318 (1996), spécialement no 80 s. - S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États ressortissants d'autres États : 25 années d'activité du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements*, Thèse Dijon 1998, p. 29 s. ).

négociations de la Convention pour définir les investissements<sup>276</sup>, mais qu'aucune définition n'a été jugée acceptable<sup>277</sup>. Face à cette difficulté, il a finalement été décidé de laisser les parties s'accorder sur une définition de l'«investissement»<sup>278</sup>.

Au vu de ce qui précède, d'éminents commentateurs<sup>279</sup> de la Convention ont conclu qu'«une approche large dans l'interprétation de ce terme au sens de l'article 25 se «justifie»<sup>280</sup>, qu'«il revient à chaque État contractant de déterminer à sa discrétion quel type de différends relatifs à un investissement doit être considéré comme arbitral dans le contexte du CIRDI»<sup>281</sup> ou encore que les parties «ont ainsi une liberté assez grande pour déterminer elles-mêmes quelle opération constitue un investissement au sens de la convention.»<sup>282</sup>.

---

<sup>276</sup> Christoph Schreuer : Commentary on the ICSID Convention : ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol. 11, 1996, 316, p. 355-358.

<sup>277</sup> Travaux Préparatoires de la Convention, vol. II, p 835, 837.

<sup>278</sup> Ibid., p. 1078. – Carolyn B. Lamm et Abby Cohen Smutny: The implementation of ICSID Arbitration Agreements: ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol. 11, 1996, 64, p. 80. Ainsi par exemple le Rapport des Administrateurs à ce sujet, s'exprime en ces termes : « Il n' a pas été jugé nécessaire de définir le terme "investissement" compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle, et compte tenu du mécanisme par lequel des États contractants peuvent, s'ils le désirent indiquer à l'avance les catégories de litiges qu'ils seraient ou ne seraient ou ne serait pas prêts à soumettre au Centre (Article 25 (4) ) ».

<sup>279</sup> Voir par exemple, le compte rendu de ces débats par M. A. Broches qui est aussi révélateur : « Durant les négociations, plusieurs définitions du "terme investissement" ont été envisagées et rejetées. Il a été finalement convenu qu'on pouvait se dispenser avec l'expression "étant donné la nécessité d'obtenir l'accord des parties". Ceci indique que la condition selon laquelle le litige doit être en relation directe avec "un investissement" peut se fondre avec la condition portant sur le consentement des parties d'accepter la compétence du Centre. Vraisemblablement tout accord entre les parties pour considérer le litige comme un "différend relatif à l'investissement", sera un indice important pour admettre la compétence du Centre, même s'il ne sera pas en soi déterminant ». A. Broches, The Convention on The Settlement of Investment Disputes : Some Observations on jurisdiction : Columbia Journal of Transnational Law, vol. 5, 1996, 261-280.

<sup>280</sup> C. F. Amerasinghe, The Jurisdiction of International Law, The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes: Indian Journal of International Law, vol. 19, 1979, 166-227, p. 181.

<sup>281</sup> Georges R Delaume, ICSID and the transnational Financial Community : ICSID-Review-Foreign Investment Law Journal, vol. 1, 1986, 237-256, p. 239 s. – Ibrahim F.I. Shihata, Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes : The Roles of ICSID and MIGA : ICSID Review- Foreign Investment Law Journal, vol.1, 1986, 1, p. 4.

<sup>282</sup> Lamm et Smutny, préc., supra, note 9, p. 80.

## B.- Controverse doctrinale et jurisprudentielle sur l'interaction entre la Compétence du CIRDI et la notion d'investissement

Traditionnellement, la controverse sur la notion d'investissement au sens de l'article 25 (1) de la Convention de Washington se présente de la manière suivante. Même lorsqu'elle se préoccupe des nouvelles formes d'investissement, la doctrine classique définit l'investissement comme « un apport dont la rémunération est différée dans le temps et fonction des résultats entrepris »<sup>283</sup>. Trois éléments sont donc requis : l'*apport*, la *durée* et le fait que l'investisseur supporte, au moins en partie, les aléas<sup>284</sup>. Au regard de ces éléments constitutifs de l'investissement, il apparaît clairement que la doctrine en a fait *une interprétation extensive*<sup>285</sup> et l'investissement *BOT* y est pris en compte.

Toujours dans le cadre général relatif à la définition de l'investissement au sens de la Convention CIRDI, un certain nombre d'opérations ont été considérées comme des investissements dans certaines circonstances. Il a également été souligné par les commentateurs de la Convention, qu'au cours de sa négociation que la compétence du Centre en matière de prêts<sup>286</sup>, de crédits-fournisseurs<sup>287</sup>, d'arriérés de paiement<sup>288</sup>, de propriété d'actions<sup>289</sup> et de contrats de construction<sup>290</sup> entre autres<sup>291</sup> était laissée à la discrétion des parties.

---

<sup>283</sup> V. C. A. Michalet, *Les nouveaux cadres de la coopération industrielle in Les investissements français dans le tiers Monde : Economica*, 1984, p. 59 s. ; CH. Oman, *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement : Étude du Centre de Développement de l'OCDE*, 1984, p.14 et s., spécialement p. 18s. – D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique* : 4<sup>e</sup> éd. LGDJ 1998, no 1054 s. –Comp. S. Manciaux, op. cit., p. 66.

<sup>284</sup> Sur l'adoption des critères analogues par la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 créant l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) -V. D. Carreau et P. Juillard, op. cit., No 1079.

<sup>285</sup> En l'absence de toute défaillance contractuelle des parties, certaines opérations associent l'investissement aux résultats de l'églice : la concession peut être plus ou moins rentable, les revenus de l'hôtel construit et exploité en commun plus ou moins abondants. C'est à ce type d'aléa, et non à celui de l'inexécution contractuelle, que songe la doctrine classique lorsqu'elle définit l'investissement comme un apport rémunéré dans la durée en fonction des aléas de l'opération.

<sup>286</sup> Travaux préparatoires de la Convention, vol. II, 261, p. 474.

<sup>287</sup> Ibid., p. 451.

<sup>288</sup> Ibid., p. 542.

<sup>289</sup> Ibid., p. 661.

<sup>290</sup> Ibid., p.500.

C'est précisément parce que le terme « investissement » a été compris au sens large dans la pratique, les décisions du CIRDI et la doctrine que ce terme n'a jamais été une source importante de contentieux devant les tribunaux CIRDI<sup>292</sup>.

A ce stade, on peut aussi s'interroger si au regard de la Convention de Washington, la détermination du sens « investissement » est une des conditions préalables pour que la compétence du Centre soit reconnue?

Nous répondons dans l'affirmative à cette interrogation d'autant que l'article 25 (1) dispose que « la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique [...] qui *sont en relation direct avec un investissement* ». Et la question de savoir si un litige donné est en relation directe avec un investissement a été soulevé dans un certain nombre d'affaires, même si dans ces espèces on n'a pas vérifié s'il s'agissait effectivement d'investissements. Dans l'affaire *Holidays Inns c/ Maroc*, par exemple, le tribunal a constaté que le Centre avait compétence en matière de contrats de prêt dont l'origine se trouvait dans des accords distincts de l'investissement proprement dit ; alors que le défendeur soutenait qu'il s'agissait d'opérations différentes, le tribunal a souligné « l'unité générale de l'opération d'investissement »<sup>293</sup> Dans l'affaire *Amco Asia et al. c/ Indonésie*, un comité *ad hoc*, a affirmé la compétence du Centre en ce qui concerne un délit international résultant du manque de protection du demandeur par l'armée et la police indonésiennes; le tribunal a déclaré qu'« il n'entend pas "les délits internationaux" et "les différends relatifs à un investissement" comme deux catégories

---

<sup>291</sup> Schreuer, préc., supra note 7, p. 357. – Amerasinghe, préc., supra note 12, p. 181.

<sup>292</sup> Lamm et Smutny, Préc., supra note 9, p. 80. Schreuer, préc., supra note 7, p. 360.

<sup>293</sup> Holidays Inns S.A., Occidental Petroleum Corporation et al. V. Government of Morocco, Aff. ARB/72/1.-Schreuer, préc., supra note 7, p. 350-351, avec une référence à P. Lalive : *The First World Bank arbitration (holidays Inns v. Morocco) – Some legal Problems*: British year Book of international Law, Vol. 51, 1980, 123.

s'excluant mutuellement », et que « [I] a compétence du tribunal ne pourra être évitée en caractérisant de façon formelle et différente les opérations litigieuses ». Dans la même espèce, une distinction importante a été faite en ces termes suivants : « ... le Tribunal estime qu'il est correct de distinguer entre les droits et obligations applicables aux personnes physiques et morales qui relèvent de juridiction de l'État d'accueil en vertu du droit commun et les droits et obligations applicables à un investisseur en vertu d'une convention d'investissement conclue avec cet État d'accueil. Les différends d'ordre juridique résultant de cette convention sont régis par l'article 25 (1) de la Convention »<sup>294</sup>.

Les tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du CIRDI ont toujours vérifié de leur propre initiative si un investissement était en cause<sup>295</sup>, et chaque fois, ils ont conclu que l'exigence d'« investissement » prévue par la Convention, était remplie. Dans Kaiser Bauxite c/ Jamaïca<sup>296</sup>, le tribunal a fondé la compétence du Centre à la fois sur le consentement donné par les parties et sur le fait que le cas où «une société minière investit des montants considérables dans un État étranger en se fondant sur un accord avec cet État, est un cas compris parmi ceux envisagés par la Convention ». Des montants versés pour développer une concession et d'autres engagements pris sur la base d'un contrat de concession ont également considéré comme des investissements au sens de la Convention dans l'affaire LETCO c/ Liberia<sup>297</sup>. Dans l'affaire Soabi c/ Sénégal, le tribunal a également examiné la question de la compétence du Centre pour une opération comprenant différents accords, mais cette question n'abordait qu'indirectement le problème de l'existence d'un investissement<sup>298</sup>. Enfin la sentence

---

<sup>294</sup> Ibid., 2<sup>e</sup> Saisine 1988, *ICSID Reports* 1993, 543, p. 565.

<sup>295</sup> Scheuer, préc., p. 360.-Lamm et Smutny, loc. cit., p. 80.

<sup>296</sup> Kaiser Bauxite Compagny v. Government of Jamaica 1975: *ICSID Reports*, 1993, 296.

<sup>297</sup> Liberian Eastern Timber Corporation v. Government of the Republic of Liberia, 1984: *2 ICSID Reports* 1994, p.346.

<sup>298</sup> Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. State of Senegal, 1988 : *2 ICSID Reports* 1994, 165.

Fedax NV c/ République du Venezuela<sup>299</sup> constitue l'une des premières affaires CIRDI, dans laquelle la compétence du Centre est contestée par le Venezuela, au motif que l'opération sous-jacente ne remplit pas les caractéristiques d'un investissement au sens de la Convention.

## **Paragraphe 2 : Compétence du CIRDI et le consentement des parties**

L'article 25 de la convention de Washington présente de façon concise de moyens que doit soulever un tribunal arbitral de le CIRDI, à l'appui de sa déclaration de compétence, face à un litige porté devant elle<sup>300</sup>. Les trois conditions requises pour fixer la matérialité de la compétence du Centre ont eu le mérite d'être soigneusement étudiées et appliquées dans la sentence AMT c. Zaïre<sup>301</sup>. Nous nous contentons ici, de les rappeler. Pour que le CIRDI tout au moins son tribunal soit compétent pour statuer à un différend, il faut, selon l'article 25 de la convention, que *celui-ci soit d'ordre juridique en relation directe avec un investissement ; qu'il soit né entre un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant*; il faut, enfin, que *les parties aient consenti par écrit à soumettre le différend au Centre*. C'est à cette dernière exigence que nous nous attacherons dans ce paragraphe.

La doctrine<sup>302</sup> a clarifié la portée dualiste de consentement requis par l'article 25 de la Convention de Washington du 18 mars 1965. Celui-ci subordonne la compétence du CIRDI à une double condition de consentement : celui des États en présence d'abord, par la ratification préalable de la Convention de Washington par l'État de l'investisseur

---

<sup>299</sup> Sentence Fedax NV c/ République du Venezuela du 29 avril 1999, J.D.I. 1, 2000, p.149 et s.

<sup>300</sup> Lire in-extenso l'article 25 relatif à la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements entre États et Ressortissants d'autres États.

<sup>301</sup> Le lecteur trouvera précitées ces conditions dans la section sous-titrée institution compétente et nature des différends de la présente étude ou voir J.D.I 1, 1998 p.250 et s.

<sup>302</sup> Par exemple, Geneviève Burdeau, in « Nouvelles perspectives pour l'arbitre dans le contentieux économique intéressant les États », Revue de l'Arbitrage 1995- N° 1 p. 11.

et par l'État, partie au différend, et d'autre part, le consentement spécifique des parties au litige en vue de soumettre leur différend au CIRDI, ce consentement pouvant résulter soit d'une clause du contrat d'investissement conclu entre l'investisseur et l'État d'accueil, soit d'un compromis établi entre eux lors de la survenance du litige.

Au regard de cette double condition de consentement, qui doit être remplie, autrement, il est impossible d'évoquer *prima facie la compétence du Centre*, la question qui est censée se poser en droit est celle de savoir s'il est toujours nécessaire qu'il y ait un consentement entre l'État d'accueil de l'investissement signataire de la convention et le ressortissant de l'autre État pour qu'il y ait saisine du Centre.

A cette question, le tribunal arbitral a répondu à juste titre par la négative en se référant à bon droit à l'article VI, paragraphe 4 « *in fine* » de la convention de Washington<sup>303</sup>, qui donne au ressortissant de l'autre État *le pouvoir de forcer l'État, partie, au différend à se présenter devant le Centre*.

Les accords plus récents de protection des investissements, notamment ceux conclus par la France, ont eu tendance à privilégier une rédaction différente selon laquelle l'État s'engage à accepter de soumettre au CIRDI tout différend qui viendrait à l'opposer à un investisseur ressortissant de l'autre partie au traité<sup>304</sup>. Il s'agit là d'une formule susceptible de donner à l'arbitrage transnational une fonction nouvelle. L'interprétation de cette dernière formule pouvait prêter à controverse : constituait-elle de la part de

---

<sup>303</sup> En effet à la fin du paragraphe 4, il est dit que : « *si les parties* au différend ne se mettent pas d'accord pour décider si la conciliation ou l'arbitrage exécutoire la procédure la plus appropriée, alors la procédure voulue par le ressortissant ou la société concernée sera suivie », **Un droit d'option est donc reconnu au ressortissant de l'autre État**.

<sup>304</sup> Cf. par exemple l'article 7 de l'accord franco-égyptien du 22 décembre 1974 : « chacune des parties contractantes accepte de soumettre au Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) les différends qui pourraient l'opposer à un ressortissant ou à une société de l'autre partie contractante », JORF, 8 novembre 1985, p. 11486.

l'État un simple engagement d'insérer une clause d'arbitrage CIRDI dans tout contrat que celui-ci serait amené à conclure avec un investisseur ressortissant de l'autre partie au traité, ce qui revenait à une formule voisine de celle découlant de la rédaction antérieure ou créait-elle *un engagement direct pour l'État* de se soumettre à l'arbitrage CIRDI dans tout litige l'opposant à un investisseur, personne physique ou morale ressortissante de l'autre partie, et ce indépendamment de tout lien contractuel ? Les interprètes de la Convention CIRDI, à quelques exceptions près<sup>305</sup>, sont restés longtemps évasifs sur ce point.

C'est cette seconde interprétation qui a été consacrée récemment par la sentence rendue dans l'affaire *Asian Agricultural Products (AAPL) c/ Republic of Sri Lanka* rendue le 27 juin 1990, dans laquelle le tribunal arbitral a admis, la recevabilité de la requête présentée à l'encontre du Gouvernement du Sri Lanka par un investisseur privé, une société de Hong Kong, pour les dommages subis par lui du fait des agissements des forces Srilankaises<sup>306</sup>.

Par ailleurs, l'une des problématiques non-élucidées par la convention de Washington et qui mérite un examen critique est **celle du droit applicable à la qualité pour agir** devant les juridictions ou les tribunaux arbitraux, dans l'hypothèse où le ressortissant d'un autre État membre au sens de la convention et partie demanderesse est un actionnaire de la société locale.

---

<sup>305</sup> P. Juillard, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », JDI, 1979.274, spéc., p. 289 : « Il devient alors clair que la convention bilatérale, bien qu'étant dans la nature d'un accord inter-étatique, n'en produit pas moins des effets directs dans le chef des particuliers ».

<sup>306</sup> Texte de la sentence en anglais in *ILM* 1990, 580, et extraits en français dans la chronique d'E. Gaillard sur les activités du CIRDI au JDI, 1992. 215.

## A- La problématique du droit applicable de la qualité pour agir

Nous savons que, la filiale d'une société étrangère se trouve définie comme une «société distincte de celle-ci, constitué selon la loi du pays où elle fixe son siège social réel (ou à tout le moins, dans les pays qui s'en contentent pour admettre le rattachement juridique d'une société, son siège statutaire) et dont la société étrangère (qui est « la société mère ») s'assure le contrôle, par la propriété d'une partie substantielle de son capital (voire de la totalité, là où il est permis de constituer une société composée d'un seul associé)»<sup>307</sup>.

Devant cette mise en lumière des caractéristiques de la filiale étrangère<sup>308</sup> constituée selon le droit du pays d'accueil de l'investissement, le débat sur la question de la nationalité de la filiale de droit local se trouve réouverte<sup>309</sup>. Il faut en effet s'interroger quant à savoir si le fait pour une société étrangère, sur la base d'un double fondement de la convention de Washington et d'un traité bilatéral de protection des investissements, d'être actionnaire ou d'investir par le biais d'une filiale (constituée selon le droit local), peut aliéner sa qualité pour agir en cas de litige. Autrement dit, un actionnaire peut-il avoir qualité de la saisine du Centre pour demander réparation du préjudice subi par la société dont il détient des titres ?

---

<sup>307</sup> Marcel Colomes, *Le droit de l'établissement et des investissements dans la C.E.E.*, Éditions J. DELMAS et Cie, 1971, p.341,342. Outre la chronique précitée d'E. Gaillard, cf. P. Rambaud, « *Des obligations de l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger (Sentence AAPL c/ Srilanka)* », Ann. fr. dr. int, 501.

<sup>308</sup> V. Berthold Golman, Antoine Lyon-Caen, Louis Vogel, *Droit commercial européen*, 5<sup>e</sup> édition, Précis Dalloz, p .93 et s.

<sup>309</sup> Les instruments bilatéraux contrairement aux conventions multilatérales n'approuvent pas que le seul titulaire de droit de protection soit la personne physique ou morale qui possède la qualité d'investisseur.

Sur cette question spécifique, le tribunal dans la sentence AMT<sup>310</sup> c. Zaire a fourni une interprétation **non convaincante** en droit des investissements. Il s'agissait en effet, d'un investissement effectué à hauteur de 94% par la société de droit américain AMT sur la base du traité bilatéral Zaïro-américain de protection des investissements, à travers sa filiale Sinza, elle, constituée selon le droit zaïrois. À côté de l'existence du traité bilatéral précité, il faut souligner que les États-Unis et le Zaïre sont deux pays qui ont ratifié la convention de Washington.

Selon le Zaïre, le traité bilatéral Zaïro-américain concerne bien des personnes physiques ou morales de nationalité américaine ou zaïroise certes, et il ne nie pas que AMT soit de nationalité américaine, toutefois elle ne peut se prévaloir des dispositions du traité pour évoquer la qualité d'agir devant la CIRDI en tant que ressortissant d'un autre État contractant<sup>311</sup> puisque, conclut le Zaïre, à défaut de preuve pour AMT d'avoir effectué un investissement direct, seule la société Sinza de nationalité locale peut jouir de ce privilège. **Ledit privilège écarte définitivement l'internationalité<sup>312</sup> du litige et refoule ipso-facto la compétence du CIRDI.**

Le tribunal arbitral jugeant la cause a eu le mérite de fournir un effort d'interprétation procédurale et d'éclaircissement du contexte juridique dans lequel la société «mère» ressortissante d'un État ayant ratifié la Convention Washington et signé un traité bilatéral de protection mutuelle des investissements pouvait effectuer la saisine du

---

<sup>310</sup> American Manufacturing & Trading Corporation (Zaïre), Inc., (AMT) une société commerciale américaine immatriculée dans l'État de Delaware dont les actionnaires majoritaires sont ressortissants des États-Unis d'Amérique.

<sup>311</sup> Le Champ d'application de la convention, est prévu à l'article 25 (1) et l'alinéa 2 lettre *a* et *b* définit ce qu'il faut entendre par ressortissant d'un État contractant.

<sup>312</sup> Notre étude fera l'économie du débat sur l'internationalité d'un investissement, par soucis d'espace. Pour ceux qui sont intéressés à la question voir l'étude menée par Dominique Carreau et Patrick Juillard, dans Manuel de droit international économique, 4<sup>e</sup> édition note 1084, (1998) p.407.

Centre «à la place» de sa filiale de nationalité du lieu d'implantation de l'investissement, dans un autre État contractant.

Sans juridiquement marquer la différence entre un investissement réalisé par l'entremise d'une société de droit local, détenue par l'investisseur étranger seul, et celle contrôlée conjointement par l'investisseur étranger et son partenaire étatique, le tribunal a rappelé qu'au regard de la Convention de Washington la filiale de droit local a la possibilité d'être partie à l'arbitrage si, «*en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers*», les parties ont *convenu* de la «*considérer*» comme ressortissant d'un autre État contractant<sup>313</sup>. Certaines sentences arbitrales rendues par le Centre auxquelles le tribunal arbitral s'est référé ont estimé que cette convention relative à la nationalité de la filiale de droit local peut être implicite et s'évincer des circonstances de la cause<sup>314</sup>. Certes, lorsque les parties ont consenti, expressément ou implicitement, à traiter la filiale de droit local sous le contrôle étranger comme étrangère pour les besoins de la procédure, celle-ci peut être directement partie à l'instance au sens de la convention.

Toutefois il est à remarquer que le consentement dont la teneur est stipulée aux articles 25, VII.paragraphe 2, 3 (*in fine*), 4 (*in fine*), (a) (b), a laissé intacte la question de la qualité pour agir. **La convention de Washington n'ayant pas davantage précisé la loi applicable à la qualité pour agir qu'elle ne l'a fait de la loi applicable à la notion**, pourtant plus importante encore, de nationalité de la personne morale réalisant l'investissement, il a laissé imaginer que comme la notion de nationalité, la qualité pour agir a été abandonnée **au droit régissant la personne morale au nom de laquelle le dommage est réclamé**. Dans cette perspective, c'est probablement à juste titre que le

---

<sup>313</sup> Art. 25 (2) (b) *in fine* de la Convention de Washington.

<sup>314</sup> V. par exemple en dernier lieu, l'affaire *Letco c/ Liberia*, Sent. 31 mars 1986 : JDI 1988, p. 166, spécialement p.168, *obs. E. Gaillard*. Voir aussi l'affaire *Vacuum Salt c/ Ghana*, Sent. 16 février 1994 : JDI 1995, p. 162, spécialement n° 31, p. 167, *obs. E. Gaillard*.

Zaire faisait observer **qu'un actionnaire n'a pas qualité pour demander réparation du préjudice subi par la société dont il détient des titres**. Cependant, pour exacte qu'elle soit, l'argumentation zairoise dans cette affaire, n'avait pu conduire le tribunal arbitral à admettre le grief de défaut de qualité d'AMT (distinct de celui d'incompétence du Centre) que pour autant qu'AMT réclamait la perte de l'investissement réalisé par sa filiale. Il était aisé d'objecter à cette construction qu'AMT réclamait la perte de son propre investissement dans la filiale du droit local qui, lui-même, s'analysait en un investissement réalisé au Zaire par une personne morale relevant d'un autre État contractant. Le tribunal arbitral avait conclu que pour astucieux qu'il soit, l'argument du Zaire ne pouvait conduire à la constatation du défaut de qualité d'AMT et moins encore de l'incompétence du centre. Tout au plus pouvait-il être de nature à modifier l'objet de l'appréciation de l'indemnisation due dans cette affaire, et sur ce point, non sur celui de la compétence, que la sentence est la moins convaincante<sup>315</sup>.

Pour déterminer la qualité pour agir devant le CIRDI, d'une société de droit local, contrôlée en commun par l'investisseur étranger et son partenaire étatique, il faut tenir compte non seulement du pourcentage de la participation des deux actionnaires au capital social, mais et surtout, comme l'exige le droit classique des investissements étrangers, *identifier la nationalité des sociétés*. Or pour constater la nationalité américaine de la société *AMT*, le tribunal arbitral avait retenu, le fait que celle-ci était constituée aux États-Unis et contrôlée par des américains<sup>316</sup>. On pourrait s'interroger sur le point de savoir si en l'absence du critère de contrôle par les ressortissants de l'État de constitution, une société ne bénéficie pas la qualité de ressortissant de cet État. Cette

---

<sup>315</sup> Voir le paragraphe du régime indemnitaire de la présente étude.

<sup>316</sup> *Sent.* n° 5.15.

question ne saurait nous épargner un bref examen de la problématique sur la nationalité des personnes morales.

### **B- Critères de contrôle et de la nationalité des personnes morales dans la Convention**

La notion de « contrôle » a deux sens. D'abord, le sens classique de surveillance : le contrôle est l'ensemble des règles et moyens par lesquels les actionnaires et les organes de la société veillent à la régularité de sa gestion par les dirigeants. Dans un autre sens inspiré du vocabulaire *anglo-saxon*, auquel nous nous attachons, le contrôle est le fait d'être maître par divers moyens de la gestion d'une société. Contrôler une société, c'est détenir le contrôle des biens sociaux de manière à maîtriser l'activité économique de l'entreprise<sup>317</sup>.

Par ailleurs la notion de nationalité des actionnaires peut jouer un rôle important dans la détermination du concept « contrôle » de la société de projet. Dans la sentence AMT abondamment citée, le tribunal arbitral pour constater la nationalité américaine de la société AMT, avait retenu le fait que celle-ci était constituée aux États-Unis et *contrôlée* par des américains.

A la lumière du raisonnement de ce tribunal, la question juridique qui peut se poser est celle de savoir s'il convient de conclure qu'en l'absence de contrôle par des ressortissants de l'État de constitution, une société ne bénéficierait pas la qualité de ressortissant de cet État. Il faut à notre avis prendre garde de ne pas déduire qu'en l'absence des critères de constitution et de contrôle une société ne serait pas considérée de nationalité de l'État dont elle est ressortissante. D'autres facteurs peuvent être pris en

---

<sup>317</sup> Marcel Colombes, *Le droit de l'Établissement et des investissements dans la CEE*, précité.

compte comme le siège social réel ou le lieu d'incorporation ainsi que le capital social. A ce propos la Convention de Washington ne semble avoir en effet omis de définir la notion de nationalité qu'en raison de la divergence entre les critères du siège social réel et du lieu d'incorporation<sup>318</sup> et nullement pour exiger un cumul de l'un ou de l'autre de ces critères avec celui de contrôle<sup>319</sup>.

Le droit économique français s'attache traditionnellement au critère de contrôle, en tant que critère déterminant la nationalité des personnes morales alors que l'Agence multilatérale d'investissement (AMI) adopte une solution différente : serait considérée comme ressortissant à l'une des parties contractantes de l'AMI, toute société qui aurait été constituée sous l'empire du droit de cette partie contractante.

### **Paragraphe 3 : le régime indemnitaire**

Le régime juridique indemnitaire d'un investissement *BOT* intervient lorsque devant un litige soumis pour arbitrage, la question de la responsabilité de l'État d'accueil ou celle du concessionnaire a été clarifiée<sup>320</sup>. Une fois qu'un tribunal arbitral compétent établit la

---

<sup>318</sup>En effet alors que la nationalité de l'investisseur en tant que personne physique au regard de la plupart des conventions bilatérales est déterminé par le droit interne des parties contractantes, la complexité pour déterminer la nationalité de l'investisseur en tant que personne morale, elle, réside dans le fait que : ou bien cette société doit avoir son siège social sur le territoire d'une partie contractante, et y être établie conformément à la législation en vigueur dans cette partie. Ou bien cette société, quel que soit le lieu de son siège social et ou qu'elle soit établie, doit être sous le contrôle, direct ou indirect, des personnes physiques possédant la nationalité d'une partie des contractants ou de personnes morales constituées conformément à la législation d'une partie contractante et ayant son siège social sur le territoire de cette partie contractante.

<sup>319</sup> Voir en ce sens, spécialement de la décision rendue dans l'affaire *Soabi c/ Sénégal*, 1<sup>er</sup> août 1984 : *JDI* 1986, p. 221, spécialement n°29, p.222 ; *JDI* 1990, p. 211 et sur l'ensemble de la question, S. Manciaux, *op.cit.*, p. 109. s.

<sup>320</sup> Ainsi par exemple dans la sentence du 21 février 1997 *AMT c. Zaïre*, précitée, le tribunal ayant définitivement affirmé la responsabilité de l'État du Zaïre pour tout préjudice et tout dommage subi par AMT, qui ont résulté des actes de violence commis au détriment de l'investissement effectué par AMT, société de nationalité américaine, sur le territoire du Zaïre, a déterminé la quotité d'indemnité à régler par le Zaïre malgré l'existence ou l'absence de faute ou indépendamment de celle-ci.

152 Nous sommes sans ignorer que le terme d' « indemnisation » a été l'objet d'une vive polémique entre pays développés et pays en développement. Il recouvre en réalité deux opérations distinctes. D'une part l'*indemnisation* recouvre l'ensemble des opérations d'évaluation, parfois très complexes, et d'autant plus

responsabilité au moins d'une des parties en cause, il est interpellé par les conséquences juridiques qu'entraîne cette responsabilité internationale, à la charge de la partie défenderesse. La pratique internationale s'inscrit dans la même perspective.

Il serait en effet anormal que la réalisation d'un investissement et le financement de projet en concession par le secteur privé aboutissent, en cas d'échec pour les raisons précédemment soulignées, à la remise gratuite de l'infrastructure à la partie concédante : le principe d'indemnisation s'impose<sup>321</sup>.

Souvent, les principes du droit international d'indemnisation exigent que le concessionnaire soit indemnisé au minimum, à hauteur du service de la dette non amortie. Par contre, pour ce qui est du capital, le niveau d'indemnisation variera en fonction de la cause de réalisation :

nul si l'origine de la rupture est la conséquence de la faute lourde de la société concessionnaire ;

l'équivalent au capital investi et perte du bénéfice que la société concessionnaire aurait été en droit d'attendre si la concession avait été conduite à son terme naturel, si la rupture trouve sa source dans la volonté de la partie concédante, de récupérer une concession rentable ;

---

complexes qu'elles porteront sur une entreprise en état de fonctionnement – le fameux « going concern » des auteurs américains – et qu'il s'agira alors de déterminer non seulement la valeur du « *damnum emergens* », mais encore la valeur du « *lucrum cessans* ». D'autre part, *l'indemnisation* s'entend également de la mise à disposition de l'investisseur exproprié ou nationalisé des montants qui ont été évalués, cette mise à disposition devant s'effectuer dans des conditions telles qu'elles n'aboutissent pas à une forme de spoliation – notamment par des techniques telles que le plafonnement ou l'échelonnement des versements ou encore par le jeu de l'inconvertibilité et de l'intransférabilité des paiements. D'un côté l'évaluation des biens expropriés ou nationalisés – c'est une exigence d'équité qui domine la matière ; de l'autre côté la mise à disposition du montant de la créance indemnitaire – c'est une exigence d'effectivité et de rapidité qu'il faut respecter. Les qualifications dont on amortit traditionnellement l'indemnisation traduisent, cette double réalité.

variable entre ces deux bornes pour les autres causes.

Si le principe que la rupture d'un contrat de concession ou d'une convention *BOT* donne lieu à une indemnisation est acquis, la question qui se pose est celle de savoir si le caractère licite d'une expropriation n'a pas d'incidence sur le montant de l'indemnisation due par l'État.

L'arbitre dans la sentence Santa Elena c/ République du Costa Rica<sup>322</sup>, abordant cette question, a affirmé que lorsqu'une propriété fait l'objet d'une expropriation licite, l'obligation de l'État de payer une indemnisation demeure<sup>323</sup>. La question a également été évoquée à la faveur de l'affaire *SPP* dans laquelle l'Égypte avait mis en avant le fait qu'elle poursuivait un but de protection du patrimoine archéologique de l'humanité tel que défini par la Convention de l'UNESCO pour tenter de justifier l'expropriation de *SPP* du plateau des pyramides. On avait pu se demander si une expropriation procédant de tels motifs et une expropriation clairement illégale, une éviction réalisée par l'armée à la suite d'une querelle sur l'exécution d'un contrat de concession par exemple, devaient donner lieu à une indemnisation identique<sup>324</sup>. La controverse a été excellemment résumée par le tribunal arbitral statuant dans l'affaire Amco Asia c/ Indonésie<sup>325</sup>. Un auteur a récemment montré de manière convaincante que les principes applicables devaient conduire à une indemnisation identique quelle que soit la licéité ou l'illicéité de la mesure<sup>326</sup>.

---

<sup>322</sup> Du 17 février 2000, Journal du Droit International (JDI) 1. 2001, p. 150 et suivantes.

<sup>323</sup> Note 72, JDI. 1 2001 p. 152. *Des mesures environnementales d'expropriation, aussi louables et bénéfiques à la société en général puissent-elles être, sont à cet égard similaires à d'autres mesures d'expropriation qu'un État peut prendre pour mettre en œuvre ses politiques : lorsqu'une propriété fait l'objet d'une expropriation, même dans un but environnemental, qu'il soit interne ou international, l'obligation de l'État de payer une indemnisation demeure.*

<sup>324</sup> JDI 1981, p. 163 ; JDI 1991, p. 187.

<sup>325</sup> Sentence du 30 mai 1990. V. JDI 1991, p. 172.

<sup>326</sup> J. Ortscheidt, La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Dalloz 2001, n°192 et s.

Du fait, dès lors, que les dommages-intérêts punitifs soient écartés au profit du principe de réparation intégrale et que l'expropriation licite doit faire l'objet d'une indemnisation normalement à juste valeur de marché de l'investissement ou du bien considéré, par opposition à une indemnisation «équitable», laissant une place plus large à l'appréciation des circonstances de la cause, on se trouve conduit à procéder à une évaluation identique dans les deux cas. Si tel est le cas, la question qui demeure sujet à discussion doctrinale, est celle de savoir dans quelle mesure, l'indemnisation relative à l'expropriation d'un investissement ou d'un bien, peut être assujettie à des *intérêts composés*<sup>327</sup>. Un bref passage en revue de l'évolution de la notion d'indemnisation nous permettra de nous situer par rapport à cette question.

#### **A- Critère d'indemnisation devant la volonté de l'État concédant d'exproprier un investissement international : le cas des intérêts composés.**

α

Le droit international permet à l'État concédant d'exproprier un investissement étranger dans son territoire dans un but d'intérêt général, en contrepartie du paiement *rapide* d'une indemnisation *adéquate* et *effective*. Le catalogue d'adjectifs décrivant le montant de l'indemnisation a été enrichi et diversifié au fil des temps<sup>328</sup> : on peut rencontrer dans

---

<sup>327</sup> Par exemple, selon une étude approfondie du sujet par le professeur Gaetano Arangio-Ruiz, Rapporteur Spécial de la Commission des Nations unies sur la Responsabilité des États, après avoir examiné soigneusement les sources disponibles, il conclut de la manière suivante : «le Rapporteur Spécial est donc enclin à conclure que des intérêts composés doivent être octroyés chaque fois qu'il est établi que cela est indispensable pour assurer une compensation entière du préjudice subi par l'État victime» Cf. *Yearbook of international Law Commission*, 1989, Vol. II, Part 1, p. 30.

<sup>328</sup> Par exemple, dans la tradition française l'indemnisation doit être juste et préalable : juste, en ce qu'elle doit représenter la valeur réelle des biens expropriés ou nationalisés. Préable, en ce que cette valeur doit être déterminable, et que son montant doit être transférable, sinon transféré, au moment où est prise la mesure d'expropriation ou de nationalisation. Dans la tradition américaine toutefois, comme l'a confirmée en son temps l'affaire *Sabbatino*, l'indemnisation n'est pas juste, mais adéquate ; Elle n'est pas préalable, mais prompte et effective.

la jurisprudence arbitrale, les termes, indemnisation «entière», «adéquate»<sup>329</sup>, «équitable», «appropriée» ou «raisonnable» sans qu'aucun de ces adjectifs ne revêtent un caractère objectif, sinon une valeur d'approximation.

Par ailleurs, des références sont parfois faites à la «valeur de marché équitable» de l'investissement ou de la propriété, c'est-à-dire ce qu'un acheteur libre payerait à un vendeur libre.

En se référant à la fixation des critères d'indemnisation, le tribunal arbitral, dans la sentence Santa Elena c/ République du Costa Rica<sup>330</sup> admet que même s'il existe une tendance dans la jurisprudence internationale à n'allouer que des intérêts simples, celle-ci s'est manifestée principalement dans le contexte de responsabilité délictuelle ou de simples violations contractuelles<sup>331</sup>. Les mêmes considérations ne s'appliquent pas à des affaires relatives à l'évaluation d'une propriété ou de droits de propriété. Dans des affaires telles que celle-ci, l'intérêt composé n'est pas exclu lorsqu'il se justifie au regard des circonstances de la cause<sup>332</sup>.

Bien que la sentence a le mérite d'une innovation juridique<sup>333</sup> lorsqu'à travers une appréciation discrétionnaire, le tribunal en l'absence de critères précis d'intérêts prévus

---

<sup>329</sup> Une indemnité est dite « adéquate » lorsqu'elle est adaptée à son objet particulier : c'est donc une indemnité qui comporte dédommagement adapté à la mesure particulière d'expropriation ou nationalisation.

<sup>330</sup> La Saisine du CIRDI faite le 02 juin 1995, par la société, Compagnia del Desarrollo de Santa Elena (CDSE), société de droit du Costa Rica, détenue en majorité par des citoyens américains, tendant à obtenir de la République du Costa Rica, une indemnisation au titre de l'expropriation d'une propriété de 15 210 hectares, acquise US \$ 395000, située au Costa Rica et composée de vallées, forêts et montagnes, sources rivières s'étendant sur 30 kilomètres au long de la Côte pacifique. Cf. JDI, I 2001 précité.

<sup>331</sup> C'est justement sur cet élément d'analyse, que portera en principal, notre appréciation critique.

<sup>332</sup> « *Most awards allocate only simple interest, but occasionally compound interest has been awarded* », V. Flexi-Van v. Iran 9 –US CTR 206.

<sup>333</sup> La prise en compte du tribunal arbitral, d'intérêts composés dans le calcul de l'indemnisation due par l'État du Costa Rica est beaucoup plus novatrice en ce que la sentence ne dissimule pas le fait que la jurisprudence arbitrale traditionnelle a davantage tendance à se contenter de faire application d'un taux

par le droit international, a pris en compte les intérêts composés dans le calcul de l'indemnisation due par l'État<sup>334</sup>. Faut-il dans le cas d'espèce soutenir qu' une expropriation licite donne lieu à des intérêts composés ? C'est ici que se situent nos observations critiques.

### **B.- Approche critique relative à la détermination du montant de la réparation du préjudice et les méthodes d'évaluation.**

Nous ne perdons pas de vue que l'objectif des intérêts composés n'est pas de blâmer ou de punir qui que ce soit pour le retard dans le paiement du propriétaire exproprié ou pour une inexécution délibérée des obligations contractuelles; c'est un mécanisme destiné à s'assurer que l'indemnisation accordée à la partie demanderesse est «appropriée» compte tenu des circonstances<sup>335</sup>.

Or nonobstant le fait qu'un intérêt simple soit accordé plus fréquemment que des intérêts composés, et que le principe des intérêts composés ne soit certainement pas inconnu ou exclu par le droit international<sup>336</sup> ou par la doctrine<sup>337</sup>, aucune règle uniforme de droit n'a émergé de la pratique en droit international sur le point de savoir si un intérêt simple ou composé est «approprié». La détermination de l'intérêt dans ces conditions est une

---

d'intérêt simple, même si quelques précédents en sens contraire, dont la sentence *Aminoil (Kuwait v. Aminoil)* (66 *International Law Reports* 518, 613 (1982)) peuvent être cités.

<sup>334</sup> Notamment en acceptant le principe de l'application d'intérêts composés, quitte à ajuster ensuite, pour d'autres raisons, le résultat obtenu, le tribunal a porté la condamnation à la date de la sentence à US \$ 16 000 000. Il a ainsi ajouté au principal près de trois fois son montant, et assorti le tout, d'un intérêt simple de 6% par an à compter de la sentence jusqu'à parfait paiement.

<sup>335</sup> En particulier, lorsque le titulaire d'un droit de propriété a perdu dans le passé la valeur de son actif mais n'a reçu l'équivalent monétaire qui lui a été ultérieurement reconnu, le montant de l'indemnisation doit refléter, au moins en partie, le montant supplémentaire que ces sommes générées par elles avaient été réinvesties chaque année au taux d'intérêt généralement applicable.

<sup>336</sup> Voir en particulier, les affaires Fabiani (*Moore's Digest of International Law* 4878- 4915 (1905)) ; Chemins de Fer Zeltweg-Wolfsberg (*UN Reports of International Awards, vol 3, 1795, a 1808* (1934)).

<sup>337</sup> Un auteur par exemple, en la personne du Dr F. A. Mann s'est prononcé en faveur des intérêts composés en affirmant que : « nous estimons que sur le fondement de preuves convaincantes, les intérêts composés pourraient être et, en l'absence des considérations particulières, devraient être accordés aux demandeurs à tirs de dommages-intérêts par les tribunaux internationaux », note 60, *Compound Interest as an Item of Damage in International Law* », *Further Studies in International Law* (1990), p. 380.

affaire de jugement, prenant en compte toutes les circonstances de la cause et spécialement des considérations de justice qui doivent faire partie de la règle de droit appliqué par ce tribunal. C'est justement à la limite du pouvoir d'appréciation du tribunal dans le calcul du montant d'intérêt alloué au demandeur que peut se situer le risque de l'arbitraire et de l'injustice<sup>338</sup>.

Par ailleurs la *sentence est moins convaincante* lorsqu'elle s'efforce de distinguer l'hypothèse considérée de celles dans lesquelles la jurisprudence a rejeté l'application d'intérêts composés en soulignant qu'il s'agissait essentiellement de responsabilité délictuelle ou de «simples» violations contractuelles<sup>339</sup>. L'argument devrait même jouer en sens contraire. Si une expropriation licite peut donner lieu à des intérêts composés, a fortiori devrait-il en aller ainsi lorsque l'État a violé une obligation, qu'il s'agisse d'une obligation générale de ne pas nuire à autrui ou d'une obligation contractuelle déterminée. Même si l'on doit admettre que le caractère licite de l'expropriation ne justifie pas une indemnisation réduite, il ne serait guère acceptable que l'exercice d'un droit se traduise par une obligation financière plus forte que celle qui est encourue lorsque l'État engage sa responsabilité délictuelle ou contractuelle. La distinction ne pourrait se prévaloir que d'une conception absolutiste et dépassée du droit de propriété et ne se justifierait pas au plan des principes.

Elle serait en outre contraire à l'assimilation, devenue classique dans les traités de protection des investissements entre les droits de propriété *stricto sensu* et ceux qui résultent d'un contrat. On comprend en revanche fort bien que le tribunal a cherché à

---

<sup>338</sup> Simplement parce que le tribunal ne s'estime pas tenu de justifier plus avant le chiffre qu'il décide de retenir, ce qui donne la mesure de son pouvoir d'appréciation.

<sup>339</sup> Note 97 de la sentence.

s'affranchir de la jurisprudence arbitrale ancienne pour minimiser le caractère novateur de sa décision<sup>340</sup>.

La portée de la décision devrait être s'étendre aux hypothèses de responsabilité contractuelle ou délictuelle de l'État. Le fait que le tribunal n'ait pas fait jouer à plein le mécanisme des intérêts composés pour tenir compte du fait que la demanderesse a continué, dans des conditions certes réduites, à jouir de son actif pendant un certain temps, est en revanche une circonstance propre à l'espèce. Même si une motivation plus détaillée, de cette forme de compensation implicite, entre des flux de nature très différente aurait été la bienvenue, le principe ne peut, là encore, qu'être approuvé. Il n'en affecte peut être pas le caractère novateur et profondément justifié de l'application d'intérêts composés au calcul de l'indemnité due à la suite d'une expropriation, lorsque l'indemnisation intervient des années après la mesure en cause.

Outre la question des intérêts composés évoquée dans l'affaire *Santa Elena*, dans les circonstances de l'affaire *AMT*, sur la question de la détermination du préjudice, la sentence laisse gravement à désirer et ce pour une double raison.

---

<sup>340</sup> Ce caractère novateur ne mérite pas moins d'être mis en lumière et, en l'occurrence, salué puisque la motivation de la sentence sur les raisons qui conduisent à accepter le principe des intérêts composés est à la fois plausible et pertinente. Plausible en ce que la méthode d'évaluation et de calcul dépasse le cap classique du taux d'intérêt simple que porte à quelques exceptions prêtes la plupart des sentences arbitrales et opte en tenant compte des circonstances en l'espèce, à la renaissance du principe des intérêts composés. Elle emporte surtout la conviction en ce qu'elle correspond une réalité économique incontestable. Si l'investisseur évincé ou la victime d'agissements réguliers de l'État avait disposé du montant de l'indemnisation à la date de l'expropriation ou des agissements sanctionnés, il aurait pu en faire usage non seulement en plaçant ces montants à un taux de marché mais également en plaçant les intérêts ainsi générés. Le fait de replacer la victime dans l'état dans lequel elle aurait du être en l'absence de l'acte dont l'indemnisation est censée être l'équivalent commande de prendre en compte cette réalité. L'observation est pertinente qu'il s'agisse d'expropriation, licite ou non ou de responsabilité contractuelle ou délictuelle. Le même principe de remise en état par une équivalence fictive entre une situation idéale et une compensation monétaire s'applique en effet dans les deux cas. V. l'article de F.A Mann, *Compound Interest as an Item of damage in International Law : Further Studies in International Law*, 1990, p. 380; le rapport de Gaetano Arangio-Ruiz sur la responsabilité internationale de l'État, cités par la sentence, n° 101 et 102, v. J. Ortscheidt, op cit., n° 594 s.

Il faut en premier lieu, réexaminer la cohérence du raisonnement suivi par le tribunal arbitral par rapport à celui qui fonde la compétence du Centre. En l'absence de toute convention spécifique qui aurait eu pour effet d'identifier clairement les parties à la convention d'arbitrage, la compétence du Centre pour connaître la demande d'*AMT* résultait exclusivement de la qualité d'investisseur ressortissant d'un autre État contractant au sens de l'article 25 de la Convention de Washington. C'est l'investissement d'*AMT*, société de droit américain, qui était protégé par le traité bilatéral Zaïre-USA. C'est l'investissement d'*AMT* qui justifie, la compétence du Centre sur le fondement de la Convention de Washington. Rappelons-nous que cet investissement a été réalisé dans la filiale du droit local, Sinza, ce qui est une forme parfaitement classique d'investissement. Admettons que le tribunal s'est expliqué de manière très claire, et son raisonnement paraît incontestable sur ce point<sup>341</sup>.

Il est donc malheureux que sans autre forme de justification, le tribunal raisonne exclusivement, lorsqu'il s'agit de déterminer le montant de la réparation due *AMT*, sur le préjudice subi par Sinza. C'est en réalité le montant de la perte subie par *AMT* en tant qu'investisseur étranger qui aurait dû être apprécié. Le moyen était articulé, par le Zaïre, qui en a fait l'un de ses arguments pour souligner l'incompétence du Centre, mais il semblait ressortir néanmoins des écrits de l'État. Il est fâcheux que le tribunal, prompt à soulever d'office divers moyens de compétence qui ne posait aucune difficulté véritable<sup>342</sup>, ait cru pouvoir se dispenser de se prononcer sur la logique du raisonnement qui consiste à partir des pertes subies par la filiale de droit local pour déterminer le montant du préjudice subi par son principal actionnaire étranger.

---

<sup>341</sup> Voir *supra* J.D.I. I, 1998, p. 250 et s.

<sup>342</sup> Voir par exemple Sent. n°5.03 s.

L'objet de cette observation n'est pas de suggérer qu'il était impossible de déterminer les pertes d'*AMT* à partir de celles de Sinza, ni même que la conclusion de l'adéquation exacte des unes et des autres, s'agissant d'une filiale à 94%, soit invraisemblable. Il s'agit seulement de souligner que cette adéquation méritait d'être justifiée et que la sentence aurait mérité d'être motivée sur ce point qui, à l'évidence, semble avoir été l'un des arguments les plus importants du Zaïre.

La deuxième raison qui conduit à critiquer la motivation de la sentence *AMT* sur la question du montant de la réparation allouée à *AMT* est de nature plus générale. Les méthodes d'évaluation du montant de l'indemnité due par l'État qui engage sa responsabilité au titre de son obligation de protéger les investissements étrangers soulèvent de *nombreuses controverses* qui, en l'occurrence, étaient les seules sur lesquelles l'État pouvait véritablement espérer limiter sa condamnation<sup>343</sup>. Sur ce terrain, la sentence est extrêmement **laconique**.

Par exemple, *elle se borne à estimer*, dans l'exercice de son « *pouvoir discrétionnaire et souverain* »<sup>344</sup>, le montant de la perte subie par Sinza et allouée à *AMT* à 9 millions de dollars US portant intérêt à la date de la sentence. *Ce chiffre n'est assorti d'aucune justification. Il ne correspond à aucune des autres indications figurant dans la sentence*<sup>345</sup>. Le raisonnement permettant de conclure (sur la base des éléments et les

---

<sup>343</sup> (V. par exemple, l'étude classique de *I. Seidl-Hohenveldern. L'évaluation des dommages dans l'arbitrages transnationaux: Annuaire fr. dr.inter.*, 1987, p.7. - *P.D. Friedland et, E. Wong, Measuring Damages for The Deprivation of Income Producing Assets: ICSID Case studies*, 6 ICSID Rev. 400 91991)).

<sup>344</sup> (Sent. n°7.21).

<sup>345</sup> La demande initiale d'*AMT*, fondée sur un rapport de la succursale de Lloyds au Zaïre, était US \$ 10.524 023 en principal pour la perte de l'investissement et de US \$ 324 818 en principal pour la perte de diverses marchandises (V. *Sent. n°1.07*). Elle a ensuite été ajustée à US \$ 21574 405, outre les intérêts au taux de 8% à compter du 23 septembre 1991 et à US \$ 305 368, outre des intérêts au taux de 8% à compter du 30 juillet 1993. Le rapport de l'expert nommé par le tribunal qui a été chargé d'évaluer « la perte subie par Sinza » en 1991/1993, ce qui renvoie à la question de la qualité à agir, a conclu à une perte en principal de US \$ 4 452 500 (V *Sent. n° 7. 19*).

chiffres mentionnés dans la note précédente) à un préjudice de neuf millions de dollars portant intérêt à la date de la sentence n'est pas articulé par le tribunal. Il est manifeste que ce montant, s'il doit être réconcilié avec le travail de l'expert, inclut un élément d'intérêts, mais ni le point de départ, ni le taux des intérêts n'est discuté, pas plus du reste que le taux de 7,5% appliqué à partir de la sentence sur la condamnation porte en partie sur des intérêts, ce qui soulève d'autres difficultés. L'impression de malaise qui résulte de cette absence de motivation n'est pas dissipée par l'opinion particulière de M. Kéba Mbaye, qui s'analyse en réalité en une opinion dissidente puisque l'arbitre n'adhère pas au dispositif de la sentence. Celui-ci estime que la condamnation n'aurait pas dû dépasser, intérêts compris, un montant de US \$ 4 000.000. Cette estimation ne repose, pas plus que la sentence elle-même, sur **aucun raisonnement**, et semble s'adresser davantage à la partie qui succombe qu'aux deux parties ou à tous ceux qui pourraient être appelés à prendre connaissance de la sentence. Le moins qu'on puisse dire est que la question de la détermination de l'indemnisation allouée à *AMT* par la sentence du 21 février 1997 n'est pas très satisfaisante. N'empêche que la sentence existe indépendamment de notre opinion dissidente et celle-ci apporte de précieuses indications sur la manière dont les débats se sont déroulés, ce qui peut constituer un utile garde-fou contre des décisions injustifiées ( qui peuvent porter aussi sur les contrats *BOT*) et peu respectueuses des droits de la défense<sup>346</sup>.

---

<sup>346</sup> Sur l'ensemble de la question, V. Fouchard Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1393 s.

## CONCLUSION

Notre réflexion juridique sur les projets *BOT* et formules dérivées, au crépuscule d'un parcours vertical et horizontal, s'efforce de lever l'équivoque : ces dits projets bien que complexes s'appuient sur une architecture contractuelle dont la destinée affecte inéluctablement en profondeur la vie et la richesse d'un pays voire de toute une région. Les techniques utilisées dans les financements de projets d'infrastructure présentent peu de différences avec celles qui sont employées dans les financements de mine, d'hydrocarbure, d'industrie ou d'énergie à usage essentiellement industriel. Elles ont d'ailleurs été inventées et rodées dans ce type de projets. Cependant les projets d'infrastructures peuvent néanmoins apparaître comme plus risqués à deux points de vue. D'abord, ils sont à « retour lent » ou en tout cas souvent plus lent qu'un projet industriel proprement dit. L'évaluation de leur *cash flow* prévisionnel doit être particulièrement soignée et elle est d'autant plus délicate lorsqu'il s'agit d'opérations ne comportant pas d'acheteur unique mais une multiplicité d'acheteurs ou d'utilisateurs (réseaux d'électricité, d'eau, passages sur une autoroute un pont, un tunnel etc.). La seconde dimension est qu'ils secrètent un *cash flow* dans la monnaie du pays d'accueil du projet *BOT*. Lorsque cette monnaie, comme souvent c'est le cas dans les pays en développement, en transition ou pays émergents, n'est pas totalement convertible, il n'est donc pas possible, contrairement aux projets industriels ou miniers produisant pour l'exportation, d'adosser des coûts généralement en devises pour leur plus grande part (construction, intrants...), à des ressources en devises. Des formules de convertibilité et de transfert mettant en œuvre des contre-garanties de l'État hôte ou de la banque centrale doivent donc être très précisément prévues. Elles sont délicates à monter car elles postulent un certain affaiblissement des pouvoirs souverains dans le pays d'accueil et

leurs effets ne répondent toujours pas aux attentes des sponsors ou des bailleurs de fond des projets.

Toutefois la renaissance des projets *BOT* et ses variantes dans l'économie moderne, permet d'avoir un autre éclairage sur les nouveaux modes de contrats relatifs à la réalisation d'infrastructures à financement privé : ils cultivent à la fois des concepts d'intervention entièrement repensés et activent un partenariat associatif, avec d'importantes contraintes de durée. Ces contrats prennent en compte le transfert de technologie, les capacités effectives du personnel de l'acheteur, les possibilités de formation de ce personnel. Ils intègrent des montages en apparence sophistiqués, liés au financement, et sont créateurs d'emplois pour ne pas dire qu'ils diminuent le chômage. Toutefois ils constituent un danger pour des économies monocultures et constituent en de cas de mauvaise gestion, un facteur d'accroissement de la dette privée ou publique de l'État. Celui-ci peut indemniser dans certaines circonstances la société concessionnaire durant des siècles et des siècles sous peine d'hypothèque de sa seule ressource naturelle au secteur privé, pendant 30 voire 70 ans.

Les schémas juridiques des infrastructures à financement privé, ne peuvent être mis en œuvre et ne réussissent que s'ils associent étroitement, selon des formules variables, les différents acteurs : les financiers, les juristes, les ingénieurs, les concepteurs, les constructeurs et les exploitants sans compartimenter d'une manière étanche, les différentes activités et s'ils permettent d'aboutir moins à un partage de responsabilité qu'à une responsabilité globale fusionnant les interventions de chacun dans l'optique d'atteindre les objectifs communs.

Ces logiques favorisent souvent un partenariat public et privé bâti sur une pyramide juridique dans lequel se côtoient différentes branches de droit : droit des sociétés ou

commercial, droit civil, la common law, droit administratif, droit constitutionnel, droit de la propriété intellectuelle, droit des assurances, droit fiscal, droit de la construction, droit de l'environnement, droit de la concurrence, le droit international des résolutions de conflit enfin le droit des investissements. C'est dans ce contexte que cette étude se présente comme un effort de pénétration et de compréhension de cette conjonction de droits auxquels nous n'avons aucune expertise préalable. Actuellement on assiste à la création des sociétés de promotion et de développement, chargées chacune d'un projet bien défini. Ces sociétés, qui regroupent les partenaires étrangers et locaux, sont créées à l'issue de l'étude de pré-faisabilité et ont pour objet de réaliser l'étude de faisabilité, de témoigner aux gouvernements et aux institutions financières l'intention conjointe de réaliser le projet, de rechercher des financements et de préparer les négociations avec les différents acteurs et/ou cocontractants nécessaires pendant la phase de construction et pendant la phase d'exploitation.

En ce qui concerne la phase de construction et d'exploitation, on peut imaginer une société unique regroupant les différents acteurs ou deux sociétés indépendantes. Pour une centrale nucléaire par exemple, on peut envisager une structure de financement qui recevrait pour mission de financer la construction de la centrale et qui louerait la centrale à une structure d'exploitation, qui serait également chargée de la construction de la centrale et de la vente d'électricité. Ces schémas qui nécessitent la conjonction et la coordination des différentes branches de droit, peuvent être utilisés pour d'autres catégories d'infrastructure comme les usines, les navires de croisières ainsi que les travaux d'urbanisation ou d'aménagement du territoire qui précèdent les jeux olympiques, les barrages hydroélectriques, les transports etc.

De telles solutions innovent assurément. Faute de multiples précédents, elles surprennent encore certains partenaires. Cela suppose une approche didactique patiente, afin de

démontrer l'intérêt respectif et complémentaire de chacun d'entre eux, en amorçant une approche partenariale, dans la quelle il apparaît facile de démontrer que chacun a effectivement besoin des autres. C'est à bon droit que nous souscrivons à l'adresse de Didier Lamèthe, lorsqu'il soutient à propos des projets *BOT* que : « *Ces contrats correspondent à un contrat de mariage, limité dans le temps, dans lequel chacun apporterait le meilleur de lui-même, sans possibilité de divorce* ». Pour le compléter, nous affirmons sans risque de nous tromper que, le divorce n'est possible que lorsqu'à la fin de la concession, toutes les parties contractantes sont satisfaites du sens qu'elles donnent à la rentabilité du projet et à la bonne gestion de celui-ci, en un mot lorsque l'infrastructure réalisée est profitable à toutes les parties contractantes. C'est donc la meilleure façon de contourner les risques des pertes financières considérables, que peuvent courir les investisseurs étrangers dans le financement des projets *BOT* et leurs variantes. Une approche partenariale réussie dans le montage des projets *BOT* et apparentés, est subordonnée à *un encadrement juridique à la fois, rigoureux et consensuel.*

## BIBLIOGRAPHIE

- ABI-SAAB, Georges, « *The International Law of Multinational Corporations : A Critique of American legal Doctrines* », *AEI* 1971, pp. 104 et sv.
- ALSOP B. «The Word Bank's Multilateral Investment Guaranty Agency», *Columbia Journal of Transnational Law*, 1986.101; J.L. Festeraerts, «L'Agence multilatérale de garantie des investissements », *RD aff. Int.*, 1988, n°4.
- AMERASINGUE C.F, *State Breaches of Contracts with Aliens and International Law*, 58 *AJIL* (1964), pp. 899, 906-913.
- AMPOUX Marie Emmanuelle, *Grandes lignes de la réforme de la Réglementation des investissements étrangers en France*, 1996 No 3 pp 397- 400.
- APPIAH JD., « Infrastructure Projects : BOT Projects Developed Country structuring », *International Business Lawyer*, avril 1991, pp. 206-211.
- ARMOULD Joël, *Le projet de communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire des marchés publics*, RFD adm. 2000.24
- AUGENBLICK M. and SCOTT-CUSTER B. The build, operate and transfer (BOT) approach to infrastructure projects in developing countries. Working Papers 498, Word Bank, August 1990, p. 2 et s; p 29 s.
- BARNES N.M.L ( WEARNE S. (éd.)). *Financial control of construction. Control of engineering projects*. Thomas Telford, London, 1989, p 1 s.
- BATIFFOL H. et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 7<sup>e</sup> éd., 1981, n°s 190 et s.
- BATIFFOL Henri, Cours à l'IHEI 1961-1962, Fasc. 2, *Problèmes des contrats privés internationaux*, p.83 ; *AIDI* 1977 I, p. 195.
- BATISTA O. et P. Durand-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises (Joint Ventures) dans le commerce international*, FEC et LGDJ. Coll. FEDUCI. 2<sup>e</sup> éd., 1991, p.159.
- BAUDHUIN Fernand, *Les investissements de l'industrie Belge, Bruxelles*, 1969. p 3 et s.
- BENCHENEB Ali, *Pétrole contre nourriture : l'ONU et les contrats internationaux d'assouplissement de l'embargo consécutif à la guerre du Golfe*, J.D.I. 4, 1997 p. 5 et s.
- BENHAMOUDA Hakim dans *L'Économie Politique du post-ajustement* , Éd. Karthala, p 2
- BELCHER S. D. N, « Financing a major development. The construction lender » *ICLR*, 1985 p. 385.
- BENICHOU Ivan & David CORCHIA, *Le Financement de projets*, Éditions ESKA 1996. p. 5.
- BERAUDO Jean Paul, *Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international*, *Juris-Classeur Période, Semaine Juridique, doctrine*, 3842, 1995, pp. 194, avec annexe, « Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international » , 67399, pp. 237-246.
- BERMAN H.J., *Non- performance and force majeure in International Trade Contracts, dans Problèmes de l'inexécution et de la force majeure dans les contrats de vente internationale*, Ass. Int. Sc. Jur., Helsinki, 1961, p.32.

BETTEMS Denis *in les contrats entres États et entreprises étrangères*, Méta-Editions, SA 1989 pp 27 et ss.

BINDSCHEDLER Rudolf L. « *La protection de la propriété privée en droit international public* », *RCADI* 1956 II, pp.182 ss. spéc. p. 220.

BLANCHARD Patrick, Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les États en Développement, *RDAl* no 4/5, 1998, p. 417 à 476 ; Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (I), *RDAl/IBLJ*, No 4, 2000 p 443 et s.; voir aussi la partie (II) du même article *RDAl/IBLJ*, No 5, 2000 p. 563 et s.

BÖECKSTIEGEL Karl-Heinz., *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*. Frankfurt/M, Athenäum-Verlag, 1971, p.18 ; traduction du terme in W. Wengler. 316.

BOLMIN Philippe dans « un nouveau partenariat Public / Privé, Dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : La notion de co-développement » *RDAl /IBLJ*, No 2, 1999 p 137.

BOLMIN Philippe, *Les BOT et les concessions de service public- une modalité de participation du Secteur Privé au développement des services d'infrastructures*, Mémoire en vue de l'obtention du DEA de « Droit des relations économiques internationales et Communautaires » de Paris X, novembre 1997, . 176 ff., 18 annexes.

BOLTON P. & FREIXAS X. *Direct bond financing, financial intermediation and investment : an incomplete contract perspective*, mimeo, ECARE (1994) Brussels.

BOON J.A. et R. GOFFIN, *Les contrats « clé en main », Les manuels de droit et pratique du commerce international*, Masson, Paris, 1981.p. 56, par.39

BORCHARD Edwin M., *The Diplomatic Protection of the Citizen Abroad or the La of the International Claims*, New York, 1915 (ci-après BORCHARD, *Diplomatic Protection*) et *State Insolvency and Foreign Bondholders*, New Haven, 1951 (ci-après Borchard, *State insolvency*), vol. I pp. 239 ss.

BORDE Dominique et MENG Sheng, *Les sociétés à capitaux mixtes sino-étrangers en République Populaire de Chine*, 1993 No 5 pp. 537-551.

BOULANGER François, *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Economica, Paris 1975, p. 74.

BRACHET Pierre Guy, *Les problèmes d'assurance en matière de contrats internationaux*, *Dr. prat. Com. Int.*, 1984 p. 213 ; BUNNI Nael, *the liability and insurance clauses of the FIDIC E&M form*, *ICLR*, 1987 p. 189. ✓

BREALEY R.A. & MYERS S.C., *Principales of corporate Finance*, Mc Graw- Hill International Editions, (3ieme Ed), (1988) New York.

BRÉMOND Janine et Alain GÉLÉDAN dans *Dictionnaire des Théories et Mécanismes Économiques*, 2<sup>e</sup> édition augmentée, éd. Hatier, page 192.

BROCHES A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Others States : RCADI (1972), II, t. 136, p. 331 s., spécialement p. 362 ; International Legal Aspects of the Operations of the World Bank, RCADI, La Haye, 301 (1959 III), A.W. Sijthoff, Leyde, 1960, pp 296-409.*

BRUGIÈRE J.-L., « Le crime organisé », *in Le Nouveau Code pénal – Enjeux et perspectives*, p. 72.

BRUNELLI Pierre dans *Marchés publics et Union Européenne, Nouvelles règles communautaires*, Éditions Continent Europe, 1995 page 22 et suiv.

BURDEAU Geneviève « Nouvelles perspectives pour l'Arbitrage dans le contentieux économiques intéressant les États » *Revue de l'arbitrage* 1995 – N° 1 page 19 note 28 voir aussi la page 21 et s.

CARLOS A. M. & LEWIS F.D. "The creative financing of an unprofitable enterprise : The Grand Trunk Railway of Canada, 1853-1881", *Exploration in Economic History*, 32, (1995) pp.273-301.

IMPÉRIALI, « *Les bénéfices excessifs, une pratique limitée et controversée* », A.F.D.I., 1978, pp.676-710.

CARSTEN thomas Ebenroth, Günter Reiner, Roger Boizel, *Succession d'États et droit international privé*, J.D.I, 1 et sv.

CARREAU Dominique et Patrick JUILLARD in *Droit international économique*, 4<sup>e</sup> édition, L.G.D.J 1998 p. 395, suiv.

CLARKE Kenneth, Chancellor of the Exchequer, *Private opportunity, Public Benefit*, Foreword, November 1995.

COHEN Gérard - JONATHAN, *Les concessions en droit international public*, thèse Paris 1966, dactyl. (ci- après COHEN JONATHAN, *Concessions*) pp1et s. et pp 265 ss.

CONNER Richard, « Contracting for Construction Management services », *L & CP*, 1983 p.8.

COX Helmut in *Services Publics, Missions publiques et Régulation dans L'Union Européenne* Éd. A. PEDONE, 1997, p.137

De BOISSEON Matthieu, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly éditions, 1990, p. 8 et s.

DE GALLARD Thierry, « Les pénalités de retard dans les contrats internationaux de construction. Le point de vue de l'exportateur », *RD aff. Int.*, 1986. 137.

De LAUBADÈRE A, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, 2<sup>e</sup> éd., 1984, no 1275-1289.

DELAUME G.R., *Excuse for Non-performance and Force Majeure in Economics Development Agreements* 10 *Col. Journ. Of Transnat, Law* (1971), p. 252.

DELAUME Georges, « *Clauses d'élection de for et clauses compromissaires : évolution et gestation d'un nouveau droit américain* », *JDI*, 1976.501

DELAUME Georges, « what is an international contract ? An American and a Gallic dilemma », *ICLQ*, 1979 p.258.

DELAUME Georges R, *ICSID and the transnational Financial Community : ICSID-Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 1, 1986, 237-256, p. 239 s.

DENIAU Pascal, *Les contrats de financement sur projet – Modalité de garantie du financement des investissements*, Thèse pour le nouveau doctorat, Université de Dijon, 1990, 370 ff. Index, Bibliographie, annexe.

DEWATRIPOND- M.& TIROLE J. *The prudential regulation of banks*, forthcoming MIT Press ( 1993) p 5 et s.

- DOMA N. R, « Postwar Nationalizations of Foreign Property in Europe » Col. LR 1948, pp. 1125 s.
- DOMKE Martin, « Foreign Nationalizations. Some aspects of contemporary International law », *AJIL* 1961, pp. 585 s.
- EAGLETON Clyde, *The Responsibility of States in International Law*, New York, 1928, pp. 160 s.
- EAST J., *BOT projects in Asia, the conception Agreement and the allocation of risks*, in *Project & infrastructure Finance in Asia*, p.43 s.
- EICHENGREEN B. (1995), *Financing infrastructure in developing countries : " lessons from the railway age "* *The World Bank Observer*, 10 (1), pp. 75- 91.
- FAYE Levin, *BOT Projects and Their Documentation, International Law Institute Essay* (1994) p. 2 et s.
- FERRY Claude, *Trust et Titrisation aux États-Unis- Aspects Juridiques*, *Revue de Droit Bancaire et de la Bourse*, novembre-décembre 1993, no 40, pp. 243-246.
- FESTREAERTS J.L., «L'Agence multilatérale de garantie des investissements », *RD aff. Int.*, 1988, n°4.
- FINCH James & VECCHI Sesto E, *BOT contracts in Vietnam : regulations and guidance*, East Asian Executive Reports, March 15, 1995, 17 No 3, 6(5).
- FISHER Peter, éd., *A Collection of international Concessions and Related Instruments*, Contemporary Series, Londres 1976.
- FISZELSON Roger dans le co-développement : Réflexions économiques et financières, *RDAI / IBLJ*, No 2, 1999 p.2
- FLANAGAN R. and STEVENS S. (BRANDON P.S. (ed.)). Risk analysis, in *Quantity surveying techniques : new directions*. BSP Professional Books, Oxford, 1990, p 2 s.
- FONTAINE Emmanuel, *Mieux protéger les prêteurs dans les financements de projet*, *Banque Stratégie* no 117, juin 1995, pp. 14 -18.
- FONTAINE Marcel in *Droit des contrats internationaux : Analyse et rédaction des clauses* FEDUCI, FEC, 1989, p. 211 et ss.
- FONTAINE Marcel, « la notion de contrat économique international », in : *Le contrat économique international*, journées Jean Dabin 1973, Université catholique de Louvain 1975, p.25.
- FOUASSIER Christophe, *Vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audaces d'une communication interprétative*, *RTD eur.* 36(4), oct.-déc.2000
- FOUCHARD Philippe, *J-Cl. International*, fasc. 585-1, No 66 et s.
- FOX Jason & Nicholas TOTT, Herbert *The PFI Handbook*, Smith publications, 1999. pp. 123-143.
- FRANCIONI Francesco, « Compensation for the Nationalization of Foreign Property : The Borderland Between Law and Equity », *ICLQ* 1975, pp. 255 s.
- FRANÇOIS-MARSAL Hubert, Côte d'Ivoire : nouveau Code des investissements, 1985 no 8 pp 977/981.
- FRANKLIN Steven, « Critical issues in Turnkey contracts for heavy plant », *ICLR*, 1991.5 ; « Critical issues in Turnkey contracts for heavy plant », *ICLR*, 1990 p. 269.

FRIEDLAND P.D. et, E. Wong Measuring Damages for The Deprivation of Income Producing Assets: ICSID Case studies, 6 ICSID Rev. 400 9-1991.

FRILET Marc in LE Projet ILEMENITE A FORT- DAUPHIN, MADAGASCAR «Recherche de sécurité Juridique à long terme pour les grands projets d'infrastructure en financement privé en Afrique », RDAI/IBLJ, No 6, 1999 p 609 et s ; Du même auteur, Public or private or is there an alternative ? *A possible answer based on the French legal experience*, rapport lors du *Seminar on sustainable public utilities in urban areas and public-private partnership*, 7 & 8 octobre 1996, Manille, Philippines, 11 ff ; *Aspects de droit international privé de la restructuration de la dette privée des États*, *Travaux du Comité français de droit international Privé*, 1988-1990, pp. 77-95 (débat inclus).

GAILLARD E., *obs.* : *JDI* 1995, p. 274.

HANS Smith et Richard B. Alsop, «The World Bank's Multilateral Investment Guaranty Agency», *Columbia Journal of Transnational Law*, 1986.101.

HEGE U, *State-containgent debt and repeated oligopolies*, CR 544, HEC (1995) Paris.

HOFFMANN Von (Bernd), *Les Privatisations en droit comparé et en droit international (privé)*, RCADI, La Haye, 235 (1992 IV), Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, Londres, 1993, pp. 232-302.

GADBOIS André E., « Les tribulations judiciaires de la mise en valeur hydroélectrique de la rivière Churchill », les cahiers de droit, faculté Laval, Québec, décembre 1981, pp. 844-847.

GANEM Pierre- Henri, *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux*, Grands projets, mines, énergie, métallurgie, infrastructures, FEC, édition Bruylant, 1998, p. 223 et sv. préc. voir annexes p. 889 et sv ; pp. 730 et sv.

GANEM Pierre Henri, *Financement de grands projets internationaux : grands projets dans le bassin méditerranéen*, 1997 No 1 pp 137-140.

GANZ David A., « The Marcona Settlement : New Forms Of négociation and Compensation for Nationalized Property », *AJIL* 1977, pp.474 ss, spéc. p. 477.

GARY Bond and Laurence CARTER, *Financing Infrastructure Projects –Emerging Trends from IFC's Experience*, International Finance Corporation Discussion Paper Number 23 (1994).

GAUDEMET-tallon Hélène, « le nouveau droit international privé des contrats. Commentaire de la convention CEE No 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *RTD eur.*, 1981. 232, no 25.

GAULLE DE Carole, *Financement de projet- Un exemple original : le Parc Asterix*, Mémoire en vue de l'obtention du DESS « Banques et Finances » de paris V, 1992, 68 ff., Annexes Bibliographie.

GOLDMAN Berthold, Antoine Lyon-Caen, Louis Vogel, *Droit commercial européen*, 5<sup>e</sup> édition, Précis Dalloz, 1994, p. 93 et s.

GOLDMAN Berthold, « Les décisions du Conseil constitutionnel relatives aux nationalisations et le droit international », *JDI* 1982, pp. 275 ss, spéc. p. 279.

GONIDEC F. et ses références bibliographiques « Note sur le droit des conventions internationales en Afrique », in 11 AFDI (1965), pp. 866-885.

GRELON Bernard et Charles-Étienne GUDIN, «Contrats et crise du Golfe», *JDI*, 1991, p. 634-635.

GRABBE J.O. *International Financial Markets*, Elsevier (2ieme Ed) 1991 New York.

GRANGEREAU Pascal, « Les projets privés d'infrastructures dans les pays émergents – L'approche des prêteurs » RDAI/IBLJ, No 2 2001 p. 118

GUILLERMO GARAY et BOYD CASANO, *MEXICO'S New Law of Foreign Investment*, 1994 No 8 pp 991/1013.

HÄBERLI Christian dans son livre intitulé *Les investissements Étrangers en Afrique*, Librairie Générale du droit et de jurisprudence, Nouvelles éditions africaines, TOME XXXI, 1979, p. 140 et s.

HEUZÉ V. in la loi applicable aux cations directs dans les groupes de contrats : L'exemple de la sous-traitance internationale. Rev. Crit. d.i.p 1996. 244 (vol 85).

HIGGINS Rosalyn, « The taking of Property by state: Recent Developments in International Law », *RCADI* 1982 III, pp. 259 ss ;

HODGSON P. J., *BOT schemes and the lessons learned for Eastern Europe*. Proc. EBRD Conf., Budapest. April 1992.

HOFFMANN Von (Bernd), *Les privatisations en droit comparé et en droit international (privé)*, *RCADI*, La Haye, 235 (1992 IV), Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, Londres, 1993, pp.232-302.

HOWELL, Larry J. et John M. Wynne, *The Anatomy of a BOT Projet: Contractor perspective*, [www.globalaid.co.uk/technolog/industrial/gla2/185.htm](http://www.globalaid.co.uk/technolog/industrial/gla2/185.htm).; MALHORTA, Anil K., Private, Participation in Infrastructure: Lessons from Asia's Power Sector, Finance and Development, Dec. 97., p.33-37.

IBRAHIM F.I. Shihata, *Towards a Greater Depolitization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA : ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, vol.1, 1986, 1, p. 4.

LENIHAN R. Daniel, *Limited Liability Compagnies as vehicules for Joint Venture Investment in the United States*, 1994 No 7 pp 873.

LESGUILLONS Henri, SARMET Marcel, *Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1993-* Colloque de Paris des 26 et 27mars 1990, Feduci, Paris, 1991, 322 p.

LONCLE Jean-Marc, les *Grands projets d'infrastructure* : le montage BOT, *RDI* no 8, 1997, p. 945- 965. ✓

JENNINGS R.Y. *State Contracts in International Law*, in 37 BYIL (1961), p.176 (citant Sauser -Hall).

JESSUP Caryl Philip. *Transnational Law*. New haven, Yale University Press, 1956, p. 2.

JOHN E. BESANT-Jones, December 1990, copyright © 1990 The Word Bank. Session two « financial Equation » p.2-4.

JUHA Kuusi, *The Host State Transnational Corporation, and analysis of Legal Relationship*, Westmead, 1979, pp. 10 ss.

JUILLARD Patrick, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », *JDI*, 1979.274, spéc., p. 289.

JULLARD Patrick, « Les nationalisations françaises », *AFDI*, 1981.pp.539 ss ) et Québécoises ( *OTIS*, *RQDI* 1984, pp. 117 ss).

KAHN Philippe, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *JDI*, 1975, p. 476.

- KAHN, Ph., « L'interprétation des contrats internationaux », *Clunet*, 1981, vol.108, no 1, p.11.
- KAYALLOF I, J., *export and project Finance, Euromoney*, 1988. R.F Sullivan, *Financing transactional projects*, Matthew Bender, 1988.
- KHYR Antoine et Joël Magdelaine, de la Direction du commerce extérieur de la BNP, janvier 1988, intitulé : Le financement de projets en concession, Bot Model.
- LABROUE Jean Pierre *La Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements entrerait en vigueur au printemps*, 1988 no 1 pp. 123/126.
- LAMM Carolyn B et Abby Cohen Smutny: *The implementation of ICSID Arbitration Agreements: ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 11, 1996, 64, p. 80 s.
- LAMOREAUX N.R. (1986), "Banks, kinship, and economic development: the new England case", *Journal of Economic History*, XL VI (3), pp. 647-667.
- LAUBADÈRE DE (André), VENEZIA Jean Claude, GAUDEMET Yves, *Traité de Droit administratif*, LGDJ, Paris, 1992, not. Tome I, chapitres 2, « La formation des contrats administratifs », et 3 « L'exécution des contrats administratifs », pp. 667-703.
- LEGOUX P., dans *De quelques Codes d'investissements*. (Extrait de la Revue juridique et politique coopération et indépendance, 1968, no 4.) Paris, Librairie générale de droit et de la jurisprudence, 1968.
- LESGUILLONS H. Procédures de sélection d'une « société de projet » in RDAI no 6 pp. 603-622. ✓
- LEVY Laurent, *La nationalité des sociétés*, préf. B. Goldman, LGDJ, 1984, p.181 et s.
- LOMBARD François et SALA Pierre, « Éléments de l'évaluation technique dans le financement de projets internationaux », Banque, 1983. 163.
- LOYRETTE J. dans *Les Codes d'investissements* in 73, Penant No 696 (1963) p. 157 et ss.
- LOGIE Jacques, Les contrats pétroliers iraniens, RBDI 1965, pp 392 s.
- LLORENS F « Le devoir de conseil des constructeurs », *RD imm.*, 1986. p. 67.
- LORENZ Werner, « Contracts for works on goods and building contracts », *International Encyclopédia of comparative Law*, vol. VIII, chapter 8.
- LOUNGNARATH. Villaysoun, *L'incidence de l'Alena sur la potentialité étatique du Canada*, Les Cahiers de droit (1995) 36 C. de D. 883, à partir de la page 892.
- LOUSSOUARN Y. et P. Bourel, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> édition 1993, n<sup>o</sup>s 704 et s.
- LOUSSOUARN Y. et J.-D. Bredin, *Droit du commerce international*, 1969, IIIe Partie.
- MALTHORA, Anil K., Private Participation in infrastructure: Lessons from Asia's Power Sector, Finance And Development, DEC.97., p.33-37.
- MAN F.M.: « Every legal relationship in general and every contract in particular must of necessity be governed by a system of law and is otherwise untakable... Contracts. (1959), p. 44

MANCIAUX S., Investissements étrangers et arbitrage entre États ressortissants d'autres États : 25 années d'activité du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, Thèse Dijon 1998, p. 29-161 s.

MANN F. A. *British Treaties for the promotion and Protection of investments*, BYBIL 1981, pp. 241s, spéc. p. 244

MARTINAND Claude dans l'expérience française du financement privé des équipements publics, Éd. ECONOMICA, 1993 page 1 et s ; *Financement privé des équipements publics*, Paris, Economica, 1993. pages choisies, L'affermage dans la délégation de services publics, *L'exemple de l'électricité de Côte d'Ivoire*, pp 109- 117.

MARTIN Michel, « Les caractères généraux des grandes opérations », in : *L'organisation des grands chantiers*, Paris 1985, p.5.

MARTINEZ Ramona, Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards Under the United Nations Convention 1958: The « Refusal » Provisions, (1990) 24 *The Int' Lawyer* 487

MATLOFSKY Gerald, *Land Development Joint-Ventures in Hungary: Some Legal Considerations*, 1994 No 1 pp 43/80.

MAYER P., *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. 1991, n<sup>o</sup>s 1018 et s. ; B. AUDIT, *Droit international privé*, 1991, n<sup>o</sup> 1073 et s. ; *→ la neutralisation de JDI, 86*

MAZEAU et CHABAS, *Leçons de droit civil, Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., p. 453.

Mc CORMIC Roger, *Project Finance Legal Aspects in T. H. Dowalson : Project Lending*, Butterworths, 1992, No 5, p. 190.

MERNA T. *Realizing BOOT Contracts in developping Countries in Procured by Privately Finance Concession Contracts*, *Asia Laws & Practice*, 1996, vol. 2, p. 119 s.

MICHALE C. A. t, *Les nouveaux cadres de la coopération industrielle in Les investissements français dans le tiers Monde : Economica*, 1984, p. 59 s.

MOORE John B., *A Digest of International law*, Washington, 1906- ci-après Moore, *Digest -*, vol. VI, p.708 et s.

NAESSANY Samir, *Le Financement des équipements d'infrastructure – Les exemples du barrage de Birecik (Turquie) et du téléphone en Égypte, intervention lors de la Conférence Les Échos*, 28 et 29 novembre 1996, 15 ff.

NEHRING NETTO Carlos, MARA FERREIRA TANIA, ZIVY Isabel, *Panorama de l'évolution des lois brésiliennes concernant les investissements étrangers*, 1992 No 7 pp 867-871.

NEUITT P.K., *Project Financing*, *Euromoney*, 5<sup>e</sup> éd., 1989 *Tableau* 26.7, p. 271.

NEVEU G : Deux expériences de nationalisations des pétroles : l'expérience mexicaine et l'expérience iranienne, Paris, 1954, p. 134 sv.

NGUYEN Van Uu, *Foreign Investment in Vietnam Through Entreprises with 100% Foreign Capital*, 1993 No 5 pp 657-664.

NICKLISCH Fritz, «The role of the engineer as Contract administrator and quasi-arbitrator in international Construction and civil engineering projects » *ICLR*, 1990 p. 332; *The BOT model – the*

*contractor's role as builder- contract structure, risk allocation and risk management*, International-Construction Law Review v. 9 Oct. 1992 p. 425-32

NOWGUGU E. I., *The Legal Problems of foreing investment in developing Countries*. Manchester, 1965, p. 185.

OKILASSALI, *La détermination du droit applicable dans la jurisprudence du Centre International de Règlement des Différends Relatifs aux investissements (CRDI)*, Thèse Paris, V 2000.

OMAN CH. *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement : Étude du Centre de Développement de l'OCDE*, 1984, p.14 et s., spécialement p. 18s.

OPETIT B., L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship », *Clunet*, 1974, pp. 794-814.

ORTSCHEIDT J., *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz 2001, n°192 et s.

OTIS Ghislain, « La nationalisation partielle de l'amiante au Québec au regard du droit international public », *RQDI* 1984, pp. 117 ss, spéc. pp. 141 s.

OTTO Ortner (Dr), «Export risk guarantees in Austria », *ICLR*, 1983 p.93.

PANAYOTIS M. Glavinis, in *Le contrat international de construction*, GLN Joly Éditions, 1993 pp. 268-293.

PASSIM et André Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre Mer*, Tome II, Bruylant, 1996, p 299 et ss.

PEROLINI Kurt, «The contractor's consultant», *ICLR*, 1985. 59.

PERTCHIK M. Jonathan, *The Build, Operate and Transfer Approach to Infrastructure Development in Mexico*, *Procurement Law Review* No 4, 1995, p 168 et s.

POMMIER Jean Christophe, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international Privé conventionnel*, *Economica*, Paris, 1992, 382 p.

PLATT D.C.M. (1984), *Foreign finance in Continental Europe and the United-States, 1815-1870*, George Allen & Unwin.

PELTIER Frédéric, *La fiducie- Perspectives pour les banques*, in *Fiducie, Banque & Droit*, juillet-août 1990, pp. 167-171. A

PÉZARD Alice, *Les diverses applications de la fiducie dans la vie des affaires*, in *fiducie, cahier spécial de la Revue de droit bancaire et de la Bourse*, mai-juin 1990, pp. 108-110. y

RAMBAUD P, « *Des obligations de l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger (Sentence AAPL c/ Srilanka)* », *Ann. fr. dr. int*, 501.

REMY Philippes, *Obligation de renseignements entre constructeurs d'un même ouvrage* », *RTD civ.*, 1987. 365.

RICHARD Conner, « *Contracting for construction Management Services* », *Law & Contemporary Problems*, 1983. 8.

- RICHET Laurent, *Les contrats administratifs*, Collection « *Connaissance du Droit* », Dalloz, Paris, 1991, 117 p.
- ROBERT Éric, *Embargo, notion confuse*, Cahiers A.E.D.B.F/E.V.B.F.R – Belgium, Actes de la journée d'études du 1<sup>er</sup> déc. 1995 organisé par l'association européenne pour le droit Bancaire et Finance – Édition Bruylant, 1996 p1 à 40.
- ROESSER Pauline, le Droit des hydrocarbures en Russie ou le dédale des textes, 1996 No5 pp 625-643
- ROLLAND Claude, « *l'enjeu industriel d'une réglementation communautaire des marchés publics* », in : *Les marchés publics européens*, RFDA, Sirey 1989, p. 5 et sv.
- ROUX Pascal, *Le contrôle des investissements étrangers en France : règles applicables*, Revue de Droit des affaires internationales, no 1, 1995 pp. 63-71.
- SALEM M. et M.- A. SANSON, *Les contrats « clé en main » et les contrats « produit en main »*, Université de Dijon, Litec, Paris, 1979, p. 60.
- SCHNEIDER Michael, « *Liability of the Engineer or architect towards the constructor in Swiss law* », ICLR, 1991. 265.; « *Turnkey contracts; concept, liabilities, claims* », ICLR, 1986.338.
- SCHREUER Christoph : *Commentary on the ICSID Convention : ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 11, 1996, no 80, 316, p. 355-358.
- SCHWARZENBERGER Georg, *Foreign Investments and International Law*, Londres, 1969.p. 6, p 114.
- SCRIVEN John, *A banking perspective on construction risks in BOT schemes*. ( Build operate and transfer, government - granted concession to operate a facility for a fixed period of time) (United Kingdom), *The International Construction Law Review*, July 1994; 11: n 3, 313-329.
- SEIDL HOHENVELDERN, « *L'Évaluation des dommages dans les arbitres transnationaux* », A.F.D.I., 1987, pp.7-32
- SHIHATA Ibrahim F.I *Legal Treatment of Foreign Investment*, *The World Bank Guidelines*, Martinus Nijhoff, 1993, p.31, note 6, 468 p ; *The World Bank in a changing World*, La Haye , Nijhoff, 1995, 802 p.
- SILKENAT James R., *The Role of International Development Institutions in International Project Financing: IBRD, IFC and Co-Financing Techniques*, *The International Lawyer*, Automne 1983, Vol.17, Number 4, pp. 615-624.
- SIMONT L., *Les mécanismes financiers des contrats internationaux*, Rev. dr .int et dr comparé., 1980. ✓  
274.
- SINKONDO Marcel H., *La notion de contrat administratif: acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration*, Revue trimestrielle de droit civil avril-juin 1993, pp. 239-262.
- SMIT Hans et Richard B. Alsop, «*The Word Bank's Multilateral Investment Guaranty Agency*», *Columbia Journal of Transnational Law*, 1986. 101.
- SOULIER Jean-Luc et Carol Fox, «*Creating and structuring international joint ventures in France*», *IBL*, 1991 p. 427.
- STIGLITZ J. & Weiss A. in *Credit rationing in markets with imperfect information*, *American Economic Rewiew*, 71 (1981) pp393-411.
- STOLZENBURG Gunter, «*The law and practice of export credit in West Germany*», *ICLR*, 1983, p. 73-74.

TABOUIS Marc, *Pour le financement Privé des infrastructures*, Revue Banque, no 562 septembre 1995, pp. 52-54. ✓

TACKABERRY J. A., « Engineers' Liability to Contractors », ICLR, 1987, p 60.

TAO Jingzhou et CHENG Chunglong, *Nouvelles mesures chinoises encourageant les investissements étrangers*, 1987 No 8 pp 815- 823 ; Build-Operate-Transfer Model Law in Turkey, Gazette officiel 13 juin 1994, Loi numéro 3996

TINSLEY R, *Project Finance, Euromoney*, DC Gardner Workbook, 1996. p 2 et s.

TOUSCOZ Jean, « Les opérations de garanties de l'AMGI », JDI, 1987, p. 901

TUNKIN Gregory, *Theory of International Law*, traduit par W.E. BUTLER, LONDRES, 1974, pp.81 s.

VADCAR Corinne, *Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement : Problématique de l'adhésion des pays du Sud*, J.D.I, 1998, p. 24 et suiv.

VAN DAMME E., *Banking: a survey of recent microeconomic theory*, *Oxford Review of Economic Policy*, 10 (4), 1994 pp. 14-33.

VANDOMME Laurent, « To Time, To Budget, To specification », L'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT, RDAI/IBLJ, No 8, 1999. p 879 et s.

VERDROSS Alfred, *Economic Development Agreements with Arbitration Clauses*, in *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1959, p. 234.

VINCIGUERRA Jean Louis, Les développements des financements de projets industriels- Le projet de l'usine d'aluminium de Dunkerque, in *Innovations des financements de projets 1991*, La Revue Banque Éditeur, Paris, 1992, Tome I, pp.67-88.

VIRIDAUD Oleg, *Formes Juridiques d'investissements directs étrangers en Russie*, 1992 No 8 pp 965-976.

VÖLKERECHT, ein Lehrbuch, Staataverlag der DDR, vol. 1, Berlin, 1973, p.321 et s.

WHARTON Francis, *A Digest of International Law*, Washington, 1886, vol. II, pp. 654 s.

WALKER C. and A. J. Smith in *Privatized infrastructure: The Build Operate Transfer approach*, Londres, Thomas Telford, 1995, 1 & 258 p.

WALKER A. *Building the future*. Longman, Hong Kong , 1994.

WEIL Prosper, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI 1969 III*, pp. 101 ss, spéc. pp. 126 s. ✓

WEIL P. *Le droit international économique : mythe ou réalité* « Société française (1971) » p. 101.

WEIL Prosper, *Le droit international des contrats*, Études et Documents du Conseil d'État, 1970.

WENGLER W. Wilhem. *Les accords entre États et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international public ?* in 76 RGDIP (1972), p. 317 s.

WESTRING Gosta, « Turnkey heavy plant contracts form the owner's point of view », ICLR, 1990 p.234.

WHITE Gillian, *Nationalization of Foreign Property*, Londres, 1961, pp. 119 ss. (ci-après White, *Nationalization* ).

WINEN-Nilsson Tore, «Official export credit arrangements in Sweden», *ICLR*, 1985 p.370.

WOUD D. *Understanding and managing Risks in Project Finance*, in *Project & Infrastructure Finance in Asia*, op. cit. p.17.

WOOD Philip R. au sein de sa série de six ouvrages intitulés “ *Law and Practice of international finance, Project finance, Subordinated Debt and States Loans*”, *Sweet & Maxwell*, Londres, 1995, p. 6, 308 p ; *Principles of international Insolvency*, *Sweet & Maxwell*, Londres, 1995, 391.

ZAVALA Daniel, *les prêts de la Banque mondiale aux services publics et industriels et commerciaux*, Pedone, Paris, 1982, 286 p.

### **Conventions internationales**

Convention de Washington pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre nationaux et d'autres États (CIRDI ou ICSID) de 1965

Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant création de l'agence multilatérale de Garanties des investissements (AMGI ou MIGA)

Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

Convention de New York de 1958 relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Convention supprimant l'exigence de la Législation des actes publics étrangers (conclue le 5 octobre 1961), conférence de la Haye de droit international privé.

### **GUIDES**

Guide Législatif de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international (Guide de la CNUDCI en anglais UNCITRAL) adopté en juillet 2000 à New York par la 33<sup>e</sup> session de cette Commission.

Guide de l'Organisation des Nations Unies pour le Développement International sur les Projets *CET* Chap. 6 (Guide de l'ONUDI) Vienne 1997.

### **Autres documents**

Alternatives économiques

Jeune Afrique, hors série, (Hebdomadaire politique et économique international), *Le classement annuel exclusif des 500 premières entreprises d'Afrique*, Éditions 2000 page 139.

Loi-Type de la CNUDCI

Loi Turquoise sur les *BOT*