

Systèmes de droit civil: termes clés prévus par la loi qui peuvent affecter les accords de PPP

Full Description

Droits de l'autorité contractante qui peuvent prévaloir sur des dispositions contractuelles

Droit de modification unilatérale

L'autorité contractante peut, comme par ex. en France, avoir le droit de modifier certains aspects du contrat de manière unilatérale si elle juge que le changement bénéficie à l'intérêt public. Il est possible qu'elle ne modifie pas les dispositions financières du contrat ou sa nature fondamentale, mais elle peut avoir le droit de modifier certains aspects tels que, par exemple, la spécification du service à fournir.

Droit d'abandon unilatéral

L'autorité contractante peut avoir le droit de mettre fin au contrat de manière unilatérale (bien que, le cas échéant, elle doive verser une compensation à l'exploitant).

Droit de continuité du service

Il est possible que l'exploitant ne soit pas en mesure de suspendre l'exécution de ses obligations inscrites dans le contrat même si l'autorité contractante manque à ses obligations contractuelles. Dans le cadre d'une concession ou d'un affermage, on considère que l'exploitant assume des devoirs relatifs à la fourniture d'un service public, même au-delà de ceux inclus dans le contrat (comme par ex. des investissements pour répondre à la demande croissante du service public en question ou pour l'adaptation aux nouvelles technologies).

Protections de l'exploitant prévues par la loi

Droit de l'exploitant à l'équilibre financier

Dans certains cas, l'exploitant peut être protégé par son droit à conserver l'« équilibre financier » inscrit dans le contrat. Par conséquent, lorsque l'autorité contractante impose une modification unilatérale du contrat, elle doit également ajuster les conditions financières de l'accord afin que l'exploitant ne se retrouve pas dans une situation plus difficile qu'auparavant (si, par exemple, l'autorité contractante exige des normes de service plus élevées, il est possible qu'elle doive également autoriser le versement d'un tarif plus élevé à l'exploitant). Les doctrines spécifiques qui font partie du droit de l'exploitant à l'« équilibre financier » en France et qui ont des équivalents dans d'autres pays de droit civil incluent:

- ***Fait du prince***. L'indemnisation est accordée lorsque l'autorité contractante est à l'origine de la baisse de bénéfice de l'exploitant sans enfreindre le contrat. Pour obtenir cette indemnisation prévue dans le cadre du *fait du prince*, les conditions suivantes doivent être réunies :
 - Les mesures prises par l'autorité contractante ont nui à l'exploitant et étaient imprévisibles lors de la conclusion du contrat ;
 - Les mesures prises par l'autorité contractante dépassent la portée du contrat (autrement, l'action constituerait simplement un manquement au contrat) ; et
 - Les mesures prises par l'autorité contractante doivent être spécifiques à l'exploitant (les

décisions générales qui visent toutes les entreprises ne sont pas considérées comme un *fait du prince* mais peuvent donner lieu à des dommages-intérêts sur la base du principe d'*imprévision*. Voir ci-dessous).

- ***Imprévision***. L'exploitant a droit à une indemnisation pour les difficultés financières qui résultent de modifications substantielles et imprévues dans les conditions économiques qui rendent l'exécution du contrat financièrement dangereuse. Les événements suivants font partie de ceux possibles qui peuvent donner lieu à une indemnisation dans le cadre de l'*imprévision* : une importante dévaluation, un contrôle des prix décidé par une autorité autre que l'autorité contractante ou une réduction des heures de travail qui augmente les coûts de la main-d'œuvre. L'impact économique négatif de ces événements ne doit pas seulement être exceptionnel, mais dépasser également toutes les limitations prévues par le contrat. Néanmoins, l'indemnisation de l'exploitant n'égale pas l'ensemble des pertes ou des dommages subis (une circulaire administrative prévoit une règle indicative dont la prise en charge par l'administration s'élève à 90 pour cent des pertes).
- ***Sujétions imprévues*** – L'exploitant a droit à une indemnisation pour les conditions matérielles imprévues qui rendent la construction et/ou l'exploitation plus onéreuses.

Force majeure

Des événements imprévisibles et incontrôlables qui rendent l'exécution du contrat matériellement impossible libèrent l'exploitant de ses obligations. Par exemple, un déversement issu d'une usine de produits chimiques qui entraîne une pollution permanente de la seule source d'eau du projet serait considéré comme une *force majeure*. De la même manière, les catastrophes naturelles telles que les ouragans et les sécheresses peuvent être considérées comme une *force majeure*.

Il est possible que les gouvernements souhaitent inclure des dispositions de *force majeure* dans l'accord de PPP respectif. Même si celles-ci font déjà partie d'une loi applicable et dans la mesure où les dispositions contenues dans la loi respective peuvent être ambiguës, il est toujours recommandé de les réinscrire dans le contrat (par exemple, il est possible que la signification réelle de l'expression « restauration de l'équilibre financier » ne soit pas évidente).

En règle générale, un contrat qui comporte un principe de droit administratif et énonce exactement la façon dont il doit être appliqué est valide. Cependant, une modification ou une dérogation à un principe de droit administratif peut ne pas être juridiquement acceptable et doit être vérifiée en premier lieu. Par exemple, il peut s'avérer impossible de retirer la totalité de la capacité d'une autorité contractante à modifier unilatéralement les normes de service. En France, toute tentative de prévalence sur la capacité d'abandon unilatéral du contrat de l'autorité contractante est entaché de nullité par la loi. Certains codes de droit civil disposent également de périodes obligatoires de préavis avant qu'un accord ne puisse être résilié pour un manquement au contrat qui ne peut être évité ou dépassé.

Autres réglementations de droit civil qui peuvent affecter les accords de PPP

Pénalités contractuelles

Une fois qu'il existe un engagement contractuel qui dispose que l'exploitant doive verser une pénalité en cas de manquement et que le montant de cette pénalité est fixé par contrat, le droit français permet néanmoins que le juge décide de diminuer ou d'augmenter ce montant (à condition qu'il ne soit pas estimé à un montant inférieur au dommage effectivement subi). Des concepts analogues existent au Mali, en Tunisie et en Algérie par exemple.

Clauses de majoration

Conformément au Code des impôts français, les clauses de majoration relatives à l'indemnisation en cas de

retenue à la source sur les intérêts n'ont pas force exécutoire pour l'administration fiscale française lorsque le débiteur est une entité française.

Faillite

Dans les juridictions soumises à la « common law », comme l'Angleterre et les États-Unis, la procédure de faillite met l'accent sur la recherche d'une réorganisation plutôt qu'une liquidation afin de maintenir l'entreprise respective en activité (par exemple, chapitre 11 de la loi américaine sur les faillites). En revanche, les juridictions de droit civil privilégient la liquidation (bien que, dans certains pays comme la France et les pays membres de l'OHADA, la réforme de la législation sur la faillite permette désormais la réorganisation des débiteurs avant qu'ils ne deviennent insolvables).

Assistance financière (doctrine européenne), « intérêt de l'entreprise » (doctrine française)

Ces doctrines interdisent ou restreignent sévèrement une société cible et ses filiales de fournir des garanties (en amont et transversales) ou de garantir la sécurité dans le cadre de l'acquisition des actions de la société cible. Ceci revêt une importance particulière pour les PPP pour lesquels le secteur privé prend une part dans un service public (joint-venture) et/ou des privatisations. D'autres pays de droit civil, tels que les pays membres de l'OHADA (par ex. l'Algérie), ont des concepts analogues.

Garanties et prêts consortiaux

Les systèmes basés sur le système de « common law » sont beaucoup plus flexibles dans l'octroi de différents types de garantie sur les actifs, caractéristique importante des accords de PPP impliquant un financement commercial, tels que les projets BOT (Build-Operate-Transfer). Ces systèmes impliquent également le concept de fiducies qui permet à un fiduciaire de détenir les garanties pour les prêteurs en situation de prêt consortial sans avoir la nécessité d'effectuer un transfert officiel ou un réenregistrement des garanties au nom d'un nouveau prêteur. Réciproquement, la plupart des systèmes de droit civil ne reconnaissent pas un tel concept. De ce fait, les garanties doivent généralement être réinscrites au nom du nouveau prêteur (ce qui engendre des frais d'enregistrement supplémentaires et des frais de notaire).

[1] Sources - *World Bank Toolkit (2006) - Approaches to Private Participation in Water Services*, présentation à l'intention de IFC « *Some Differences between Civil Law and Common Law in a "Nutshell"* » - Gide Loyrette Nouel, 2007