

Principes fondamentaux d'une loi moderne sur les concessions (LMC)

1. Une LMC doit créer un cadre législatif solide pour les concessions.

Un régime juridique de concessions réussi et efficace suppose l'existence soit d'une loi spécifique relative aux concessions (établissant un cadre général), soit d'un ensemble cohérent de lois réglementant les concessions. Cela permet un accès simple à un environnement juridique clair, équitable, prévisible et stable pour des projets incluant une participation du secteur privé ("PSP").

2. Une LMC doit être fondée sur une politique claire des PSP

Il doit exister au niveau du gouvernement une politique/stratégie d'ensemble qui promeut les PSP, en établit les principes et en fixe les buts. Les efforts nécessaires pour améliorer le cadre juridique permettant la participation du secteur privé doivent y être décrits. Tout cela doit être fait via une résolution approuvée (décret Présidentiel) ou un document équivalent selon la hiérarchie des normes du pays.

3. Règles et des dispositions claires

Une LMC doit clairement définir la portée et les limites du cadre juridique applicable aux concessions afin de limiter les risques de remise en cause de la validité du contrat de concession. Cette définition doit inclure, quelle que soit la forme du PSP (concession, licence, affermage, usufruit, etc.) la définition de "concession", une liste non exhaustive des secteurs concernés, les autorités contractantes et les concessionnaires éligibles.

4. Cadre juridique stable et prévisible

Le cadre juridique dans lequel les parties concluent un contrat de concession, ainsi que les termes de ce contrat, doivent demeurer stables pendant toute la durée du contrat. Il convient d'inclure dans une LMC, lorsque c'est possible, une clause de stabilité permettant l'application du régime en vigueur lors de la conclusion du contrat. Cette clause constituerait une disposition légale impérative pour les parties.

5. Caractère équitable, transparence et accès aux règles et procédures relatives aux concessions

Une LMC doit prévoir la sélection des concessionnaires de manière transparente et, en principe, compétitive (avec un nombre limité d'exceptions autorisant les négociations directes). Une LMC doit octroyer le droit aux investisseurs étrangers et nationaux de conclure des contrats ainsi que les droits appartenant à toute personne dans le pays d'accueil. Elle doit aussi établir des règles impératives et un mécanisme de compensation pour les investisseurs. Les règles, les procédures, les critères d'évaluation et les détails relatifs à un projet doivent pouvoir être révisés. Une LMC doit permettre le développement d'instruments de régulation qui facilitent la mise en place de concessions, de règles de concurrence pour les propositions non sollicitées, et qui permettent de contester efficacement les attributions illégales.

6. Conformité avec le système juridique d'un pays et les lois particulières

Une LMC doit contenir des règles qui soient conformes à la législation du pays, qu'il s'agisse du cadre général ou de lois spécifiques à un secteur donné. Il est essentiel que les différentes lois ne se contredisent pas et que l'application individuelle de chaque loi soit facilement compréhensible. Idéalement, et afin d'éviter toute confusion, des amendements appropriés devraient être faits pour chaque loi susceptible de poser un problème. Une liste des lois exigeant un amendement devrait être établie lors de la rédaction de la LMC (ou dans le décret d'application de la loi).

7. Nature négociable des contrats de concession

Ni le concessionnaire ni l'autorité contractante ne devrait faire l'objet de restrictions légales ou réglementaires inutiles qui limitent leur capacité à accepter la portée des risques alloués entre les parties. La loi doit clairement identifier la partie responsable de (a) la négociation des clauses du contrat, et ensuite (b) l'exécution des contrats, ce qui inclut la surveillance de la bonne exécution conformément aux contrats. Une LMC doit clairement distinguer les pouvoirs du Gouvernement et ceux des autorités locales. L'autorité contractante doit, selon la LMC, être habilitée à modifier le contenu des contrats de concession, y compris les prix, afin de rendre les projets bancables.

8. Une possibilité de faire appel doit être prévue

Une LMC doit prévoir la possibilité de sanctions en cas de manquement au droit applicable, idéalement par une juridiction internationale d'arbitrage et par l'exécution de la sentence arbitrale.

9. Engagements étatiques et les garanties

Une LMC doit permettre au gouvernement, si nécessaire, de soutenir financièrement ou de garantir la bonne exécution des obligations de l'autorité contractante. Une LMC ainsi que toutes les lois budgétaires appropriées doivent autoriser l'autorité contractante à s'engager pour de longues périodes.

10. Disponibilité des instruments financiers

Une LMC doit mettre à la disposition des prêteurs des instruments financiers fiables relatifs aux biens et aux liquidités disponibles du concessionnaire, y compris un droit de "*step in*".