

LA STRUCTURE CONTRACTUELLE

Comme on l'a vu au chapitre 1, en fin de compte, les structures de type PPP sont souples. Plutôt que de disséquer les structures contractuelles et les formules de répartition des risques relatives à toutes les structures possibles de PPP, le présent chapitre utilise l'exemple d'un projet de type BOT financé selon le principe du financement de projet pour montrer comment il est possible de gérer le risque dans le cadre d'un PPP. Les projets BOT de ce type sont des projets fortement structurés et sensibles aux risques : ils constituent un bon outil de référence pour examiner les questions clés qui se posent dans le cadre des projets de PPP.

Principaux messages à l'intention des décideurs

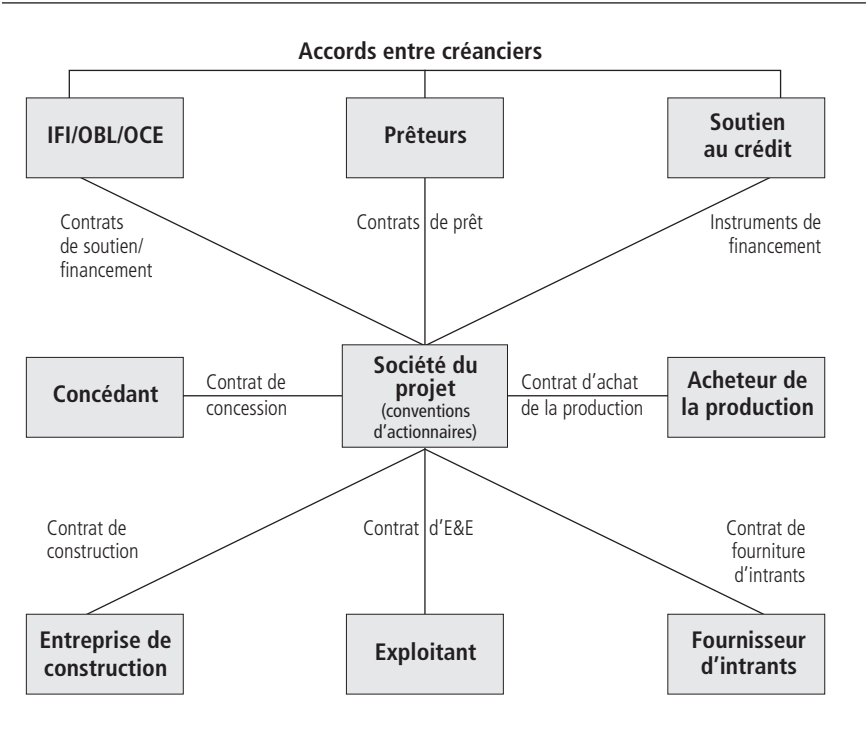
- *L'objectif est la stabilité.* Préparez-vous à toute éventualité, mais en gardant à l'esprit qu'il est impossible d'anticiper toutes les éventualités.
- *Définissez une position de repli concrète permettant de protéger les consommateurs.* Faites en sorte que si tout le reste échoue, le secteur public sera en mesure de reprendre rapidement le contrôle des infrastructures et des services pour en assurer la continuité.
- *Faites en sorte que le flux de recettes soit aussi sûr, prévisible et cloisonné que possible :* il est le nerf du projet.
- L'échec d'un projet coûte du temps et de l'argent à chacun ; *il est généralement justifié de dépenser plus d'argent ou de déployer plus d'efforts pour rendre le projet un peu plus robuste* en recueillant des informations, en améliorant la planification, en répartissant et en gérant le risque, et en examinant les options possibles.
- Il y aura toujours des changements de situation et même des crises majeures, qui seront souvent impossibles à prédire. *En conséquence, les partenaires doivent disposer d'un cadre de coopération proactif pour résoudre les conflits lorsqu'ils apparaîtront.*

Les projets de type BOT confient la responsabilité du financement, de la construction et de l'exploitation du projet au secteur privé. Le pays hôte accorde une concession à une entreprise privée qui sera chargée de construire et d'exploiter les installations pendant une période déterminée. L'entreprise privée se sert ensuite des recettes tirées de l'exploitation des installations pour s'acquitter du service de sa dette et fournir aux investisseurs le rendement qu'ils attendent de leur placement. Dans le cas où le pays hôte est aussi l'acheteur de la production, le projet sera probablement traité au titre de la rémunération de services plutôt que du financement d'infrastructures. Cette méthode permet d'éviter que la dette du projet soit prise en compte dans le calcul des ratios d'endettement du pays ou dans les besoins de financement des administrations publiques.

Les projets de type BOT sont des projets extrêmement complexes et motivés par la recherche de profits, qui nécessitent une documentation détaillée et de longues négociations. Un projet BOT exige un important investissement en argent et en temps de la part de tous les participants. La société du projet et les prêteurs effectueront des exercices de diligence raisonnable au plan technique, financier et juridique, afin d'analyser la répartition des

risques associés au projet. L'élaboration d'une structure contractuelle solide, assortie d'une répartition du risque commercialement satisfaisante, sera un facteur décisif de la capacité du projet à attirer des financements (voir graphique 5.1) et de la volonté des prêteurs de donner suite au financement de la construction des infrastructures.

Graphique 5.1 : Structure de BOT type



5.1 Contrat de concession

Aux termes du contrat de concession (appelé aussi « implementation agreement »), le concédant accorde une concession (un ensemble de droits) à la société du projet qui l'autorise à construire et à exploiter l'infrastructure (qui aurait habituellement pris la forme d'un service public) pour une période prédéfinie, appelée période de la concession. Le contrat de concession peut aussi définir les régimes juridiques et fiscaux applicables au projet, y compris les obligations environnementales de la société du projet. Dans la pratique, le contrat de concession, le contrat d'achat de la production et/ou le contrat de fourniture des intrants (dans la mesure où ils sont nécessaires) peuvent être regroupés dans un contrat unique.

Le concédant doit avoir le droit légal de signer un contrat de concession : ses actions doivent s'inscrire dans les limites de ses pouvoirs (*intra vires*). Les actions situées au-delà des pouvoirs (*ultra vires*) de la partie qui réalise l'action peuvent être inexécutables ou être ultérieurement annulées ou invalidées en vertu du droit applicable : si le concédant n'était pas autorisé à signer le contrat, la société du projet pourrait avoir des difficultés à exécuter ce contrat (il pourrait même être considéré comme n'ayant jamais existé).

Les principales questions traitées dans le contrat de concession sont généralement les suivantes :

- *La date d'achèvement.* En général, le concédant a immédiatement besoin de l'infrastructure concernée (souvent autant pour des motifs politiques que pour des raisons pratiques).
- *État des actifs.* Dans le cas où des actifs existants sont transférés à la société du projet, il convient de décrire l'état de ces actifs et de disposer d'un mécanisme permettant de tenir compte de la possibilité que les actifs ne soient pas dans l'état prévu.
- *Performance du projet.* Les exigences du concédant toucheront à des questions telles que la consommation de la production, l'efficacité de l'exploitation, les besoins et coûts d'entretien, le cycle de vie, la santé, la sécurité, les questions environnementales, la qualité et la quantité des extrants ou du service produits et le coût de l'exploitation.
- *Régime d'entretien.* Afin d'atténuer les effets négatifs de l'exploitation sur les installations durant la période de concession, le concédant s'assurera que le régime d'entretien (y compris le remplacement des pièces détachées et des matériaux) mis en place est suffisant au regard de la nature des travaux. Cet aspect est particulièrement important vers la fin du projet : la société du projet pourrait être réticente à investir des ressources dans les opérations de maintenance pendant les phases finales de la période de concession en raison du transfert imminent du projet au concédant.
- *Construction et exploitation.* Le concédant s'assurera que les activités de construction et d'exploitation de la société du projet satisfont à certaines normes minimales — aussi bien celles qui sont imposées par la loi que celles qui sont spécifiées par le concédant pour garantir la qualité des services fournis et la protection du public.
- *Garanties publiques.* L'État peut fournir des garanties au nom des organismes du secteur public prenant part au projet dont le risque de crédit laisse à désirer ; ces garanties peuvent être établies séparément ou dans le cadre du contrat de concession auquel l'État est partie.

- *Exclusivité.* Le concédant peut accorder à la société du projet certains droits d'exclusivité au sujet du service à fournir, de manière à assurer un flux de recettes rentable tout en prenant soigneusement en compte des exigences futures telles que les changements démographiques et les besoins des communautés non desservies.
- *Transfert de savoir-faire.* Le concédant souhaitera peut-être maximiser l'interaction entre la société du projet et les partenaires locaux ou le personnel du concédant pour s'assurer que le transfert du savoir-faire se déroule de façon satisfaisante⁴⁶.
- *Ingérence de l'État.* Le concédant peut prendre l'engagement que l'État hôte n'agira pas à l'encontre des intérêts des prêteurs, des actionnaires, de la société du projet, de l'exécution des obligations de la société du projet et du projet lui-même, afin de protéger la société du projet contre certains risques politiques spécifiques.
- *Frais de concession.* La société du projet peut être tenue de s'acquitter de frais de concession en contrepartie de l'obtention d'une concession et pour couvrir les coûts du concédant, ces frais devant être payés avant le début du projet et, éventuellement, de façon périodique durant la période de concession.
- *Restrictions sur les transferts d'actions.* Le concédant souhaitera peut-être restreindre le transfert d'actions ou la modification des participations dans la société du projet. Le concédant pourrait interdire tout transfert d'actions (directe ou indirect) jusqu'à une certaine date située au-delà de l'achèvement de la construction (période de blocage). Il peut aussi demander un droit d'accord en ce qui concerne l'identité des cessionnaires et/ou obtenir certaines garanties de la part des actionnaires initiaux.
- *Droits du concédant à intervenir/poursuivre l'exploitation.* Le concédant peut souhaiter disposer du droit de poursuivre l'exploitation du projet à la fin du contrat de concession ; ce droit, parfois appelé « droit à la continuité de l'exploitation », vise à assurer la continuité des prestations de services.
- *Transfert.* Au terme de la période de concession, le concédant décidera soit de soumettre le projet à un nouvel appel d'offres, soit de demander à la société du projet de transférer les actifs du projet au concédant ou à la nouvelle société et du projet.

5.2 Contrat d'achat de la production

Le contrat d'achat de la production attribue le risque de marché relatif à la demande et au prix de la production du projet à l'acheteur de la pro-

46. On trouvera une analyse plus approfondie de la question du transfert de technologie et de savoir-faire dans ONUDI (1996) note 33, pages 75-90.

duction. L'acheteur de la production (il y a parfois plusieurs acheteurs) est généralement une société de service public local, un prestataire de services publics d'un autre type ou un exploitant : ces entités achètent la production à la société du projet et la vendent sur le marché, soit directement aux consommateurs finaux, soit à d'autres acheteurs de production. Le terme « production » peut être trompeur, car le projet peut avoir pour objectif de donner accès à des installations (un hôpital ou une école, par exemple), à des services de traitement des déchets (épuration des eaux usées ou gestion des déchets solides, par exemple) ou à des réseaux (distribution d'électricité, gazoducs ou réseaux de télécommunications de base). Quelle que soit la terminologie utilisée, ces projets nécessitent généralement des contrats d'achat de la production similaires.

Le contrat d'achat de la production définit et délimite le flux de recettes dont bénéficiera la société du projet, donc les prêteurs et les actionnaires, durant la durée de vie (généralement 15 à 30 ans) du projet. Il définit non seulement le montant du flux de recettes, mais aussi quand ce flux peut être interrompu, modifié ou stoppé. C'est souvent l'acheteur de la production qui a lui-même identifié le besoin de cette production et pris l'initiative de l'adjudication du projet ou influencé le processus.

Les dispositions de l'accord d'achat de la production doivent refléter la nature de la production et le marché correspondant au projet. Ces dispositions sont communes aux projets énergétiques (les « accords d'achat d'énergie »), aux projets d'épuration des eaux (souvent appelés « accords d'achat d'eau ») et à d'autres projets de production, tels que les installations industrielles (usines d'aluminium ou raffineries de pétrole, par exemple). La présente section suppose que la production est un actif produit par le projet et vendu à l'acheteur de la production. Si le projet porte sur une production qui prend la forme d'une installation ou d'un service — une route, un pont, ou même un hôpital ou une prison dont les installations sont mises à la disposition des acheteurs de la production —, il conviendra de modifier en conséquence les dispositions de l'accord d'achat de la production décrites ci-dessous.

Dans le cas où le concédant tire parti de la production du projet, une démarche plus fréquente consiste à inclure les éléments de l'accord d'achat de la production (décrits ci-dessous) dans le contrat de concession. Dans ce cas, la présente section doit être lue parallèlement à la section 5.1.

Il est possible aussi de structurer les projets de PPP sans recourir aux accords d'achat de la production, par exemple dans le cas des tunnels, des routes et des ponts, où aucun extrant physique n'est produit et où la société du projet perçoit des redevances directement auprès des usagers. Ce peut être le cas lorsque le concédant a besoin d'aide pour améliorer les presta-

tions de services de détail (tels que les concessions d'eau ou d'électricité, dans le cadre desquelles la production est livrée directement au consommateur) et compte donc sur la société du projet pour fournir de meilleurs services aux usagers et endosser une plus grande partie des risques liés à la demande. De tels projets demandent souvent l'appui d'une autorité de régulation sectorielle. Toutefois, quelle que soit la démarche adoptée, le concédant et la société du projet devront s'entendre sur la gestion du risque lié à la demande, en particulier sous l'angle des questions examinées ci-dessous.

Les principaux termes utilisés dans un accord d'achat de la production sont les suivants :

- *Normes d'exécution.* L'acheteur de la production s'attachera à définir les paramètres techniques d'exploitation avec précision, afin que soient respectés les critères de performance et d'autres impératifs techniques, par exemple le niveau de sécurité et de propreté des activités d'exploitation par rapport à certains paramètres techniques et climatiques et autres critères opérationnels. La société du projet sera pénalisée si celui-ci ne satisfait pas à ces exigences de base.
- *Normes d'achèvement.* La transition entre la période de construction et la période d'exploitation, l'achèvement des travaux et le début de la production devrait être marquée par des vérifications spécifiques et la remise d'un certificat. L'achèvement en vertu de l'accord d'achat de production devrait correspondre à l'achèvement aux termes du contrat de construction.
- *Prix de la production.* Aux termes de l'accord d'achat de la production, l'acheteur de la production s'engage à acquérir une certaine quantité de production ou de services dans le cadre du projet — selon diverses formules telles que les clauses d'« achat ferme » (« take or pay ») ou de « paiement de disponibilité » (*payment for availability*) —, qu'il l'utilise ou non, pendant une période donnée. Il est souvent fait usage d'un double système de paiement composé de frais de mobilisation des capacités (ou droits de disponibilité) et de frais d'utilisation (ou de production). Les frais de mobilisation des capacités sont les frais payés au titre la réalisation du projet : ils couvrent les coûts fixes de la société du projet. Les frais d'utilisation sont payés en fonction de la quantité de production effectivement acquise ou utilisée et permettent à la société du projet de couvrir ses coûts d'exploitation, tels que le coût de la production (voir section 5.3), une partie ou la totalité du rendement des capitaux investis et divers coûts d'entretien.
- *Risque de paiement.* La société du projet et les prêteurs accordent une importance particulière au risque de crédit associé à l'acheteur de la production. Lorsqu'il ne représente pas un bon risque de crédit,

l'acheteur de la production peut être tenu de prendre des mesures de renforcement de crédit, telles que l'ouverture d'un compte de garantie bloqué, des garanties bancaires renouvelables ou des garanties fournies par des organismes régionaux, nationaux ou multilatéraux à l'appui de ses obligations de paiement (voir section 5.10).

- *Risque de change.* Une partie ou la totalité du risque de change ou d'autres risques financiers (voir section 4.6) peut être attribuée à l'acheteur de la production, par exemple lorsqu'une partie des obligations de paiement est indexée sur les taux de change.
- *Infrastructure afférente à l'achat de la production.* L'acheteur de la production peut être tenu de fournir certaines infrastructures, afin, par exemple, de relier les installations du projet à ses propres installations (telles que le réseau électrique ou le réseau d'eau). L'acheteur de la production peut assumer les risques liés, dans le cadre de l'exploitation du projet, aux systèmes de transport ou de transmission ou à ses propres actions ou omissions.
- *Réglementation.* Les projets de PPP sont souvent élaborés dans des secteurs fortement réglementés. Dans de nombreux cas, l'organisme de réglementation du secteur concerné est une entité de création récente ou peu habituée à travailler avec le secteur privé. Il convient d'adapter les dispositions afférentes aux projets à la réglementation pertinente et à coordonner leur élaboration avec l'organisme de réglementation compétent, en gardant à l'esprit que les autorités de réglementation ne peuvent pas, en général, être tenues en vertu d'un contrat de s'acquitter de leur mission d'une certaine manière : la société du projet peut donc demander au concédant et à l'acheteur de la production de la protéger dans le cas où l'organisme de réglementation lui imposerait des exigences (par exemple certains critères d'exécution ou niveaux tarifaires) différentes de celles qui avaient été initialement envisagées dans les contrats du projet.

5.3 Contrat de fourniture d'intrants

L'exploitation du projet de PPP peut nécessiter certains intrants, tels que les combustibles dans le cas d'une centrale thermique ou l'électricité dans celui d'une station d'épuration. La société du projet ne souhaitera peut-être pas supporter le risque que les intrants nécessaires ne soient pas disponibles au moment voulu et à un prix adéquat par rapport aux recettes du projet. En conséquence, les sociétés de projet passent souvent des contrats avec des fournisseurs d'intrants qui s'engagent à fournir les intrants correspondant aux besoins du projet ou la quantité d'intrants minimum nécessaire à l'exploitation des installations.

Aux termes d'un contrat de fourniture d'intrants, un fournisseur s'engage à fournir une certaine quantité d'intrants d'une qualité donnée à un prix donné⁴⁷. Par exemple, les fournisseurs d'une centrale thermique alimentée au charbon se doteront de capacités à long terme en utilisant les revenus prévus aux termes d'un accord de fourniture d'intrants pour financer l'exploitation de nouveaux gisements de charbon. Le terme « intrants » peut être trompeur dans le cas de certains projets où le service requis correspond en fait à un contrat d'enlèvement de déchets. Par exemple, la société du projet devra sous-traiter l'évacuation et l'élimination des boues résultant du fonctionnement d'une station d'épuration ou des déchets médicaux dans le cas d'un projet hospitalier. Ce type de dispositif exige souvent les mêmes conditions que les contrats de fourniture d'intrants et soulève des questions similaires.

Les principaux termes d'accord de fourniture d'intrants sont les suivants :

- *Le prix.* Le coût des intrants inclut les coûts liés à leur exportation du pays d'origine, leur importation dans le pays hôte et leur transport jusqu'au terrain d'implantation. Le fournisseur d'intrants est généralement responsable de l'obtention des permis et permis nécessaires à l'importation des intrants dans le pays hôte. Tout manquement de sa part à son obligation de fournir le montant requis entraînera des dommages-intérêts préalablement fixés par une clause pénale⁴⁸ ou une réduction du prix payé pour les intrants livrés.
- *Qualité, quantité et délais de livraison.* Le fournisseur d'intrants assumera aussi une partie des risques d'exécution du projet dans la mesure où il est tenu de fournir une certaine quantité d'intrants d'une qualité donnée et dans des délais donnés. Le fournisseur d'intrants est responsable lorsque les intrants sont livrés avec retard ou en quantité insuffisante.
- *Durée.* La durée du contrat de fourniture d'intrants dépendra des risques liés aux intrants concernés et à la possibilité d'utiliser d'autres sources d'intrants. Il est possible de prévoir un ajustement ou une renégociation du contrat en fonction de l'évolution du marché.
- *Transport.* La société du projet devra peut-être passer un contrat à long terme pour le transport des intrants, même si elle-même et les prêteurs sont disposés à endosser le risque de marché relatif à l'acquisition de l'intrant lui-même.

47. Les intrants nécessaires peuvent être fournis par le concédant et/ou l'acheteur de la production. Dans ce cas, les dispositions relatives à la fourniture d'intrants examinées ci-dessous peuvent être incorporées dans le contrat de concession ou le contrat d'achat de la production. Il conviendrait donc de lire la présente section parallèlement aux sections 5.1 et 5.2.

48. Pénalité monétaire fixe, définie dans le contrat.

- *Vérification et inspection.* Il convient d'inspecter et de vérifier les intrants pour assurer une exploitation adéquate et parvenir aux niveaux de performance requis.

5.4 Contrat de construction

La société du projet confie la conception et la construction du projet à une entreprise de construction. Le contrat de construction définit les obligations de cette entreprise et de la société du projet, ainsi que leurs relations durant la période de construction⁴⁹.

La phase de construction d'un projet BOT est généralement régie par un contrat de construction clé en main, parfois appelé contrat de « conception-construction » ou contrat d'IAC (ingénierie-approvisionnement-construction). L'expression « clé en main » laisse entendre qu'il suffit de « tourner la clé » après l'achèvement des travaux de construction pour commencer l'exploitation des installations. Il s'agit là naturellement d'une représentation très simplifiée de la réalité. Dans les cas où il n'existe pas de contrat de construction clé en main, les prêteurs s'attachent à faire fonctionner les divers contrats existants comme un contrat clé en main ou demandent aux promoteurs de leur fournir une garantie d'achèvement pour couvrir d'éventuelles lacunes dans la répartition des risques.

Les contrats de construction clé en main attribuent la responsabilité de la conception et de la construction des installations à une seule partie, l'entreprise de construction. La concentration de la responsabilité en un point unique signifie simplement que l'entreprise de construction est tenue, d'une part, de fournir à la société du projet un projet complet et conforme aux spécifications du contrat, d'autre part de s'assurer que la performance et la qualité des installations sont conformes à l'ensemble des obligations contractuelles ; la société du projet dispose ainsi d'un point de référence unique en cas de problème. Lorsque les obligations fiscales et d'autres considérations demandent que la construction soit régie par plusieurs contrats (par exemple lorsque le regroupement des tâches en un seul contrat a pour effet de soumettre l'ensemble du contrat à un taux d'imposition plus élevé), il est possible d'établir une responsabilité en un point unique, mais des difficultés supplémentaires doivent être surmontées (voir encadré 5.1).

Le principe de la concentration de la responsabilité en un point unique impose plusieurs obligations importantes à l'entreprise de construction. Celle-ci est tenue de concevoir l'ensemble des travaux, de coordonner les interfaces au plan de la conception et de la construction, et d'achever les travaux en respectant les cibles d'achèvement et de performance, ainsi que

49. Pour une analyse plus approfondie de la question des contrats de construction, voir Scriven, Pritchard et Delmon (1999), note 15.

les normes de diligence stipulées dans le contrat. Ainsi, si la société du projet souhaite déposer une réclamation au sujet d'un défaut de construction, elle n'a pas à préciser si ce défaut est dû à une erreur de conception ou un problème d'exécution, puisque la responsabilité des deux activités incombe à l'entreprise de construction.

Encadré 5.1

Scinder les contrats

Dans certains pays, les contrats clé en main ont l'effet malencontreux d'alourdir les obligations fiscales, donc le coût global de la construction^a. Dans ce cas, les parties peuvent envisager de scinder le contrat de construction clé en main unique en plusieurs contrats de construction distincts, les travaux étant effectués par des entreprises distinctes dans diverses juridictions^b. Ce fractionnement est effectué de manière à gérer les risques liés aux obligations fiscales et à d'autres coûts tout en préservant l'aspect « clé en main » des dispositions afférentes à la construction.

Notes:

a. Pour une analyse plus approfondie du fractionnement des contrats clés en main, voir l'article publié dans *International Construction Law Review* en 2003, Delmon, « Splitting Up Is Hard To Do: How to Manage Fiscally Challenged Turnkey Contracts ».

b. La réalisation des travaux par des succursales situées dans des juridictions différentes ou le fait de confier ces travaux à des sous-traitants basés dans ces juridictions n'aura pas l'effet recherché. C'est l'utilisation d'un contrat unique pour la réalisation de ces divers travaux qui entraîne un traitement fiscal défavorable. Voir aussi le chapitre 9 de Scriven, Pritchard et Delmon (1999), note 15.

Parmi les autres termes traités dans les contrats de construction figurent les suivants :

- *Délai d'achèvement*. En matière de PPP, il est essentiel de terminer les projets dans les délais requis : les contrats de fourniture d'intrants, d'achat de la production et de concession prévoient des pénalités en cas de retard dans l'achèvement des travaux ; les recettes ne suffisent généralement pas à assurer le service de la dette avant l'achèvement des travaux de construction ; et les prêteurs ne reportent les paiements au titre du service de la dette que pour un délai de grâce déterminé. Les contrats de construction clé en main sont propices à l'achèvement des travaux dans des délais fixes, puisqu'ils placent l'ensemble des tâches de conception et de construction sous la responsabilité d'une entreprise de construction unique.

- *Prix de construction.* Les contrats de construction clé en main utilisent généralement une structure de prix forfaitaire fixe selon laquelle l'entreprise de construction reçoit une somme forfaitaire en contrepartie de la conception et la construction des installations ; en limitant les possibilités de relèvement des prix, cette formule offre une sécurité accrue à la société du projet et aux prêteurs en ce qui concerne le coût du projet. L'utilisation d'un prix forfaitaire, conjuguée aux paiements effectués lors des diverses étapes de la construction (les paiements d'étape), peut accélérer l'avancement des travaux, car plus l'entreprise de construction achève les travaux rapidement, plus elle est payée rapidement⁵⁰.
- *Risque de performance.* Une fois achevées, les installations doivent respecter certaines normes d'exécution, afin de produire le flux de recettes nécessaire au service de la dette, au rendement des investissements et au recouvrement des coûts. L'entreprise de construction sera responsable de la construction d'installations capables d'atteindre les niveaux de performance dans des conditions types d'exécution, en prenant en considération l'état du site et toute autre contrainte propre au projet. Les essais de fonctionnement serviront à vérifier, par exemple, les exigences en matière d'intrants, la consommation spécifique de chaleur, la production de déchets, les variations climatiques, l'éclairage, l'accessibilité, la ventilation, la consommation d'intrants, la température et l'impact sur l'environnement.
- *État du site.* La répartition des risques relatifs au site du projet dépendra de la nature des parties et de leurs compétences. Il est difficile de définir très précisément l'état du site — par exemple ses conditions géographiques, géologiques et hydrologiques — même après avoir procédé à d'importantes enquêtes sur le terrain. Il peut être nécessaire de traiter séparément les obstacles ou conditions d'origine humaine au moment de la répartition de ce risque, car il est encore plus difficile de les évaluer avec précision grâce à des enquêtes sur le terrain.
- *Garantie technique.* Durant une période donnée commençant à l'achèvement des travaux, l'entreprise de construction aura la responsabilité de remédier à d'éventuels vices de construction. La période durant laquelle l'entreprise de construction est responsable des défauts est généralement appelée « période de garantie technique », mais peut être aussi désignée par les expressions « période d'entretien » ou « période de garantie ». Certaines juridictions définissent, de par la loi, des périodes de garantie minimales.

50. Wallace, « Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract », page 331 (1986).

5.5 Contrat d'exploitation et d'entretien (E&E)

Après l'achèvement de la construction de l'installation, la société du projet devra exploiter et entretenir celle-ci durant la période de concession. Cette fonction est essentielle à la pérennité du flux de recettes du projet (voir graphique 5.2). Les activités d'exploitation et d'entretien (E&E) comprennent la gestion de l'exploitation du projet, la prestation de services d'entretien et le remplacement de matériaux ou d'équipements, la réception et la gestion des intrants et l'établissement de relations de travail avec l'acheteur de la production. Afin de répartir les risques associés aux activités d'E&E, la société du projet peut choisir de passer un contrat avec un entrepreneur spécialisé en E&E, appelé aussi « exploitant ». L'exploitation du projet nécessite une bonne compréhension du marché local et des exigences opérationnelles dans les pays en développement, telles que la disponibilité des matériaux et de la main-d'œuvre nécessaires aux travaux d'entretien et de réparation, ainsi que l'importance des relations avec les autorités locales.

En général, la répartition des risques dans le cadre d'un accord d'E&E n'est pas aussi nette que dans un contrat de construction ou un contrat de fourniture d'intrants, qui permettent de transférer une part plus importante des risques de la société du projet. On l'explique souvent par le fait que l'entreprise de construction et le fournisseur d'intrants fournissent des produits, alors que l'exploitant fournit un service. De même, l'accord d'E&E ne comporte pas nécessairement une structure de prix aussi fixe ou aussi sûre que celle du contrat de construction, ou l'exploitant n'assume pas un niveau de responsabilité (dommages-intérêts préalablement fixés) suffisant pour indemniser complètement la société du projet. Ceci s'explique en partie par le fait que les obligations de l'exploitant portent sur le long terme, mais aussi par sa plus faible marge de bénéfices.

Les obligations de l'exploitant devraient refléter celles qui sont stipulées dans le contrat de concession et le contrat d'achat de la production, ainsi que les obligations nécessaires à la pérennité et à l'efficacité de l'exploitation du projet. Parmi les termes essentiels mentionnés dans les accords d'E&E, figurent les suivants :

- *Risque de performance.* L'exploitant est tenu de respecter des normes d'exécution généralement basées sur les normes d'exécution ou les impératifs opérationnels stipulés dans le contrat de concession, le contrat d'achat de la production, les manuels d'exploitation et d'entretien de l'entreprise de construction et toute autre directive à l'usage des fournisseurs, afin de respecter les garanties pertinentes. L'exploitant doit exploiter et entretenir les installations de manière à atteindre les niveaux de production ou de disponibilité requis. Le montant des pénalités appliquées à l'exploitant

doit, de préférence, coïncider avec les obligations de la société du projet en cas de défaut d'exécution ; les pénalités sont souvent trop élevées en comparaison de la rémunération versée à l'exploitant.

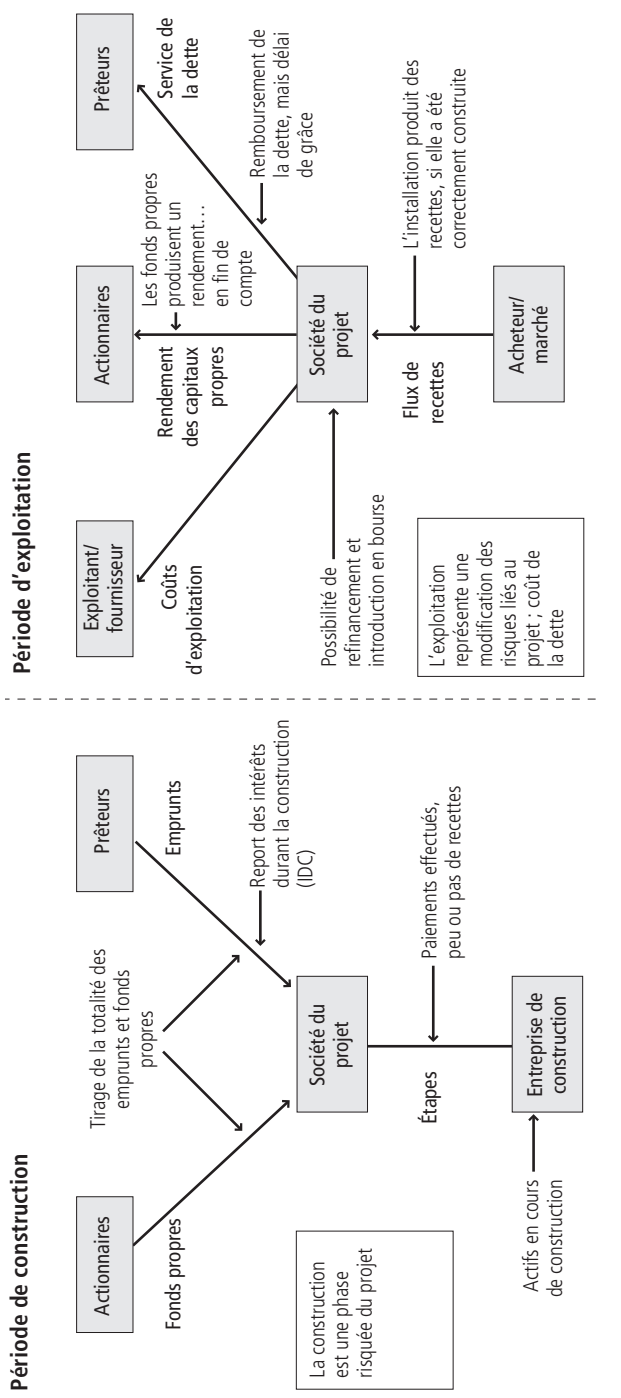
- *Coûts d'exploitation.* L'exploitant peut proposer un système i) de coûts d'exploitation fixes, ii) de coûts variables, mais soumis à des contrôles visant à maîtriser les coûts, ou iii) de courtes périodes (trois à sept ans, par exemple) durant lesquelles sa rémunération est fixe et au terme desquelles sont effectuées des études de commercialisation conduisant à un ajustement de la rémunération de l'exploitant ou à la sélection d'un nouvel exploitant.
- *L'image publique des services.* L'exploitant se trouve à un poste critique en tant qu'exploitant d'un service public du pays hôte. En conséquence, ses méthodes d'exploitation et ses relations avec les employés et les communautés locales seront essentielles à la réussite du projet.

5.6 Contrat de prêt

Le financement des projets de PPP fonctionne grosso modo en deux étapes. Dans un premier temps, les prêteurs et les actionnaires fournissent un financement durant la phase de construction, généralement considérée comme la phase la plus risquée du financement, puisque les fonds sont utilisés, alors qu'il n'existe pas d'actifs substantiels à saisir en cas de défaut de paiement. Durant cette première phase, les financements incluront des commissions initiales, des frais d'aménagement, et les frais de conception et de construction. Les prêteurs avancent les fonds progressivement durant la phase de construction, les paiements étant habituellement liés au franchissement d'étapes clés et vérifiés par un expert indépendant au nom des prêteurs et, éventuellement, du concédant. Durant la première phase, les prêteurs s'efforcent d'obtenir un juste équilibre entre les financements par fonds propres et les financements par l'emprunt, et peuvent demander à bénéficier de recours allant au-delà des actifs du projet, auprès des actionnaires ou d'autres garants, afin de couvrir les risques de retards ou de dépassements de budget qui n'ont pas été transférés à l'entreprise de construction.

La deuxième étape est l'achèvement de la construction, suivie de l'exploitation des installations. Cette étape comprend la réalisation d'essais de fonctionnement visant à assurer que le projet est capable de produire les flux de recettes nécessaires. L'approbation de l'achèvement des travaux libère l'entreprise de construction de certaines responsabilités ; elle est donc soigneusement examinée par les prêteurs. Durant l'exploitation des installations, lorsque le projet a commencé à produire des extrants, le service de la dette est assuré uniquement par les flux de recettes du projet (voir graphique 5.2).

Graphique 5.2 : Flux financiers durant les diverses étapes du projet



Les contrats de prêts fourniront donc des protections aux prêteurs :

- Calendrier des tirages et conditions suspensives à respecter avant chaque tirage, en ce qui concerne notamment le franchissement des étapes de construction et le versement du capital.
- Les droits des prêteurs concernant les garanties offertes par les entrepreneurs, les dommages-intérêts préalablement fixés au titre des retards, les dommages-intérêts préalablement fixés au titre de la performance, les cautionnements d'exécution fournis par les entrepreneurs, les engagements conditionnels (fonds propres et emprunts) et d'autres mécanismes visant à atténuer le risque de construction.
- Le financement et le contrôle des comptes de réserve, dans lesquels la société du projet doit déposer des fonds pour imprévus, en vue notamment de couvrir un certain nombre de mois de service de la dette en cas de manque à gagner, les grandes dépenses d'entretien périodiques et des coûts annuels tels que les assurances et les impôts.
- Les défaillances, telles que le non-respect de ratios (couverture du service de la dette, LLCR, ratio endettement/fonds propres, etc.), les retards de paiement, les manquements aux obligations des contrats du projet, la modification de l'équipe dirigeante ou des contrats du projet sans autorisation.
- Le droit des prêteurs à interrompre les décaissements en faveur des actionnaires, contrôler les droits de vote et autres pouvoirs discrétionnaires de la société du projet (*reserved discretions*) et saisir des fonds dans le cas où le projet ne se déroulerait pas aussi bien que les prêteurs le souhaiteraient (par exemple lorsque des défaillances surviennent ou menacent de survenir).

Les droits de sûreté (constitués sur divers actifs du projet et en faveur des créanciers) peuvent être à la fois « offensifs » et « défensifs » : offensifs en ce sens que les prêteurs peuvent exécuter leurs droits pour liquider des actifs afin d'apurer la dette en cas d'échec du projet ; défensifs dans la mesure où la sûreté peut protéger les prêteurs des poursuites de créanciers ordinaires ou non prioritaires. S'ils ne disposent pas de droits de sûreté suffisants, les prêteurs peuvent chercher à recourir à des clauses de cloisonnement pour limiter d'autres responsabilités, à utiliser des sûretés constituées sur les actions de la société du projet pour en prendre le contrôle ou à obtenir la création d'une action préférentielle spéciale (*golden share*) permettant aux prêteurs d'exercer un contrôle en cas de défaut de paiement. Les droits de

sûreté permettent aussi aux prêteurs de prendre le contrôle du projet plutôt que de simplement vendre ses actifs, puisque la valeur du projet se trouve dans son exploitation et non pas dans la valeur de revente des actifs⁵¹.

Les prêteurs et le concédant peuvent passer des accords directs avec les participants au projet pour définir des droits de substitution⁵², des exigences de préavis, des délais de remédiation⁵³ et d'autres dispositions visant à assurer la continuité du projet lorsque la société du projet est en état de cessation de paiement et/ou périclité. Un projet ne nécessitera peut-être pas d'accords directs s'il est possible d'inclure des dispositions appropriées dans le document du projet pertinent ou si d'autres solutions sont disponibles.

5.7 Mécanismes de couverture

Il est possible de partager les risques financiers à l'aide de produits dérivés, de swaps, de contrats à terme ou d'opérations de couverture. Selon ces mécanismes complexes, une partie doit dédommager une autre partie si un risque déterminé se concrétise, en contrepartie d'une commission. Dans certains cas, les parties peuvent échanger des risques, chacune d'entre elles dédommageant l'autre en cas d'apparition d'un risque déterminé. Par exemple, une partie peut atténuer son exposition au risque de change en échangeant ses besoins de monnaie avec ceux d'un autre acteur du marché ou en acceptant d'acheter une monnaie à un prix fixe dans une autre devise à une date ultérieure. Il est possible de gérer d'autres risques, tels que le risque de taux d'intérêt et les risques liés aux produits de base, grâce aux instruments dérivés. Ces mécanismes sont généralement gérés selon les conditions communes définies dans l'accord-cadre de l'ISDA⁵⁴.

Les dispositifs de couverture peuvent avoir des effets importants sur le projet :

- Les mécanismes de couverture influent sur le coût de la dette et les coûts de rupture de contrat à inclure dans les dommages pour résiliation. En conséquence, il importe de choisir les contreparties aux opérations de couverture (et la banque offrant le service de couverture) selon des critères concurrentiels pour maîtriser les coûts.

51. Le droit du prêteur à gérer le projet, plutôt que de simplement vendre les actifs, exige l'examen du régime juridique applicable et son traitement de la question des sûretés et de l'insolvabilité. Les droits visant les actions de la société du projet peuvent fournir le degré de sûreté désiré, mais aussi amener les prêteurs à assumer les risques du projet.

52. Lorsqu'une partie est en cessation de paiement, le droit (habituellement le droit des prêteurs ou de l'État) de prendre la place de cette partie dans le contrat en vue d'éviter sa résiliation.

53. Lorsqu'une partie est en cessation de paiement, le droit (habituellement le droit des prêteurs ou de l'État) d'être informé de la défaillance et d'avoir la possibilité d'y remédier.

54. ISDA : Association Internationale des Swaps et Dérivés, voir www.isda.org.

- Les mécanismes de couverture peuvent être assortis de substantielles pénalités pour rupture de contrat, qui peuvent accroître le coût des paiements anticipés ou de la modification des modalités de financement.
- Les contreparties des opérations de couverture, ou, éventuellement, la banque qui fournit le service de couverture, seront parties à l'accord entre les créanciers visant à officialiser le partage des sûretés et les dispositions relatives aux cessions de paiement (voir section 5.8).
- Dans la mesure où les contreparties aux opérations de couverture tirent parti de la sécurité du projet, leurs opérations devraient être aussi régies par le principe du droit de recours limité.
- Si les contreparties aux opérations de couverture reçoivent un paiement lorsqu'elles subissent une perte lors du dénouement de leur position de couverture, les prêteurs feront valoir qu'elles doivent partager les profits.

5.8 Accords entre créanciers

Le financement du projet proviendra probablement de plusieurs sources, telles que les banques commerciales, les organisations multilatérales, les organisations financières internationales et, éventuellement, les marchés des capitaux, y compris sous la forme de divers niveaux et catégories d'emprunts et de fonds propres. Les prêteurs signent souvent un accord de créanciers, afin de traiter diverses questions majeures⁵⁵ :

- l'ordre des tirages de fonds ;
- la coordination des échéances des prêts ;
- l'ordre des allocations de paiements au titre du service la dette ;
- la subordination ;
- la détention et l'utilisation de sûretés et l'exercice de droits discrétionnaires ;
- le vote de décisions, au sujet, par exemple, des variations des accords de prêts, des dérogations à certaines exigences, de l'avancement de l'échéance, de l'application des sûretés et de la résiliation des mécanismes de couverture.

Les sûretés et d'autres droits sont généralement gérés par le biais de mécanismes de fiducie, l'un des prêteurs ou une tierce partie agissant en tant que mandataire du groupe de prêteurs et détenant et utilisant les sûretés.

55. Pour une analyse plus approfondie des accords entre créanciers, voir Wood, « Project Finance, Securitisations and Subordinated Debt » (2^e édition, 2007).

5.9 Mécanismes d'assurance

Il se peut que chaque participant contracte une assurance dans le cadre du projet, mais il est généralement plus efficient que la société du projet mette en place une assurance complète couvrant l'ensemble du projet. De cette manière, ni double emploi, ni lacunes dans la couverture d'assurance ne résulteront de l'existence de plusieurs formules d'assurance, de l'intervention de plusieurs assureurs et du chevauchement des tâches des divers participants au projet.

En général, les assurances suivantes seront nécessaires⁵⁶ :

- L'assurance des matériaux et équipements durant leur transport vers le site — de la sortie de l'usine jusqu'au terrain d'implantation —, y compris les équipements destinés à être intégrés à la construction, les installations temporaires et l'équipement de l'entreprise de construction.
- Une « assurance construction tous risques » ou une « assurance construction et édification tous risques », qui couvrira l'ensemble des opérations et des actifs sur le site durant la construction.
- Une assurance professionnelle à caractère indemnitaire couvrant les défauts de conception ou d'autres services professionnels fournis par l'entreprise de construction ou ses concepteurs.
- Une assurance tous risques contre les dommages opérationnels, notamment l'assurance contre les dommages matériels durant les opérations.
- Une assurance de responsabilité civile contre le recours des tiers au titre des actions et manquements de la société du projet, ainsi que des entrepreneurs, sous-traitants et autres personnes dont elle serait responsable.
- Assurance des pertes indirectes, au titre notamment des retards de démarrage, et assurance des pertes de profits et des pertes d'exploitation.
- L'assurance des pannes mécaniques ou électriques qui ne sont pas couvertes par d'autres polices opérationnelles.
- Une assurance de responsabilité civile automobile couvrant l'ensemble des véhicules utilisés sur le site, souvent rendue obligatoire par la législation locale.
- Une assurance couvrant les accidents du travail et la responsabilité civile de l'employeur.
- Une assurance couvrant la responsabilité des administrateurs et des directeurs.

56. Delmon (2009), note 43, section 15.5.

Le concédant indiquera dans le contrat de concession et/ou le contrat d'achat de la production à quelles polices d'assurance la société du projet devra souscrire pour que les objectifs suivants soient atteints :

- une couverture suffisante est souscrite et maintenue ;
- le concédant est coassuré (et non assuré conjointement) et il n'y a aucun risque de viciation⁵⁷ ;
- l'assureur renonce à ses droits de subrogation⁵⁸ ;
- lorsque les indemnités d'assurance portent sur des dommages subis par des actifs du projet, ces fonds sont consacrés à la réparation des dommages ou au remplacement des actifs, et les prêteurs ou d'autres créanciers ne se les approprient pas.

Il se peut que les assurances requises soient trop coûteuses ou qu'elles ne soient pas disponibles. Les parties devront s'entendre sur la façon de gérer les risques « inassurables », ainsi que sur la définition de ce terme. En ce qui concerne certains risques, et certains marchés, le concédant peut accepter de jouer le rôle d'assureur de dernier recours et donc d'assurer un risque en contrepartie du paiement de la prime qui était versée jusqu'à ce que le risque devienne « inassurable » ou d'autres tarifs convenus. Toutefois, le concédant s'assurera que le surcoût n'est pas dû aux défaillances ou actions de la société du projet.

En vertu du droit applicable, il peut être obligatoire de souscrire à une assurance locale, auquel cas la société du projet peut chercher à réassurer les risques concernés sur le marché international afin de renforcer sa couverture. Le droit local peut limiter le recours aux services de réassurance. Les prêteurs chercheront à passer avec les réassureurs des contrats « cut-through » permettant aux réassureurs de verser des paiements directement à la société du projet et/ou aux prêteurs.

5.10 Contrats de garantie et de renforcement de crédit

Une tierce partie (par exemple l'État, une OBL ou une OML) peut fournir un mécanisme de renforcement de crédit visant à réduire le coût de la dette ou attirer des investissements. Ce renforcement peut être mis à la disposition des prêteurs et/ou des investisseurs en fonds propres ; le mécanisme comprend une

57. Situation dans laquelle l'assurance du projet couvre plusieurs parties assurées (à des degrés divers d'intérêt quant au risque assuré) en vertu de la même police d'assurance et cette police devient inexécutable (toutes les parties assurées perdent leur couverture) parce que l'un des assurés manque aux obligations qui lui incombent en vertu de la police (notamment l'obligation de divulguer les informations pertinentes à l'assureur).

58. Le droit de l'assureur d'exercer les droits et actions de l'assuré, afin de recouvrer le montant qu'il lui a versé.

compensation en leur faveur dans certains cas ou la protection d'une partie du service de la dette ou du rendement du capital investi. Il est possible de consulter les agences de notation durant la structuration du projet, afin de maximiser la notation du projet (en particulier si l'on recourt au financement obligataire) ; le renforcement de crédit peut relever considérablement la notation et donc réduire le coût de la dette (en particulier lorsque le renforcement de crédit permet à celle-ci de bénéficier d'une notation supérieure à celle de valeur d'investissement — c'est-à-dire la notation BBB- de Standard & Poors).

Le renforcement de crédit peut inclure les éléments suivants :

- Des paiements directs ou dons de financement/soutien.
- La fourniture de financements en faveur du projet sous la forme de prêts ou d'investissements en fonds propres.
- La fourniture de garanties, notamment les garanties relatives aux créances, aux taux de change, à la convertibilité de la monnaie nationale, aux obligations de l'acheteur de la production, aux obligations des fournisseurs, au recouvrement des redevances, au niveau autorisé des redevances, au niveau de la demande de services et/ou aux indemnités de résiliation, etc.
- La fourniture d'un dédommagement, par exemple au titre du manquement d'organismes publics à leurs obligations de paiement.
- Le subventionnement des redevances en faveur des consommateurs auprès desquels la société du projet aurait des difficultés à recouvrer des créances exigibles.
- Des mesures visant à dispenser la société du projet de frais, coûts et autres paiements dont elle est supposée s'acquitter auprès d'un organisme du secteur public (par le biais, par exemple, d'une exonération fiscale temporaire ou d'une exemption des obligations fiscales).
- Le financement de redevances de référence et la contribution au paiement des redevances auxquelles sont sujettes une partie ou la totalité des consommateurs.
- La fourniture d'immobilisations ou d'autres investissements directs en nature.

En général, les entités qui fournissent un renforcement de crédit effectuent leur propre exercice de diligence raisonnable au sujet du projet, ce qui exige du temps et de l'argent. Elles peuvent aussi rechercher des contre-garanties ou sûretés publiques ou autres, en particulier pour atténuer le risque moral selon lequel le renforcement de crédit pourrait protéger une partie défaillante et avoir l'effet pervers de l'inciter à manquer à ses engagements. Le renforcement de crédit peut donc inclure une contre-garantie de la partie dont l'obligation bénéficie d'un appui.

5.11 Soutien des promoteurs

Lorsque le projet ne leur assure pas une protection suffisante, les prêteurs souhaiteront peut-être avoir accès à des actifs qui ne font pas partie du projet pour protéger leurs intérêts. La formule dite du soutien des promoteurs ou des actionnaires fournit aux prêteurs une garantie ou un engagement des actionnaires (qui devront peut-être être étayés par une garantie bancaire, une garantie de la société mère ou d'autres garanties) visant à accroître leur confiance dans l'engagement des actionnaires à l'égard du projet. Le soutien des promoteurs peut inclure des financements subordonnés d'appoint visant à couvrir les dépassements de coûts de la construction, des garanties d'emprunteur (en particulier celles qui sont du ressort des actionnaires), des indemnités au titre des risques environnementaux, des garanties relatives au coût des matériaux ou à la demande d'extrants du projet. Les actionnaires, toutefois, participent au financement du projet de manière à bénéficier d'une responsabilité limitée et d'un régime de droit de recours limité. Ils ne souhaiteront pas apporter un soutien supplémentaire ou accroître leurs responsabilités dans le projet.

5.12 Conventions d'actionnaires

La convention d'actionnaires régit les relations entre les actionnaires de la société du projet. La convention peut se composer de plusieurs documents, par exemple un accord de développement portant sur la phase de clôture pré-financière et, pour la phase de clôture post-financière, un accord de coentreprise et les statuts constitutifs ou statuts d'association ou tous documents constitutifs existants relatifs à la société du projet, ainsi que les documents sur les prêts des actionnaires, les crédits conditionnels, les engagements conditionnels de participation et d'autres documents similaires. La convention des actionnaires couvre des sujets tels que la répartition des coûts de développement, le champ d'activité de la société du projet, les conditions suspensives à sa création, l'émission de nouvelles actions, le transfert d'actions, la répartition des coûts du projet et la gestion de la société du projet, notamment en ce qui concerne les prises de décisions et les votes. Ce genre d'accords comprend souvent aussi une clause de non-concurrence stipulant que les actionnaires ne peuvent exercer directement ou indirectement des activités qui seraient en concurrence avec celles de la société du projet.

5.13 Autres questions contractuelles clés

5.13.1 *Résolution des conflits*

Les grands projets d'infrastructure sont un terrain propice à l'apparition de conflits complexes et souvent destructeurs et réunissent fréquemment des parties venant de contextes juridiques, sociaux et culturels différents. Le fait de ne pas résoudre ces différends à un stade précoce peut avoir des effets catastrophiques sur un projet de PPP : c'est pourquoi des mécanismes sophistiqués de résolution des conflits sont généralement mis en place.

Il peut être difficile de trouver un tribunal national qui soit à la fois capable de répondre aux besoins d'un groupe de parties aussi diverses et convenant à toutes les parties. C'est pourquoi les parties aux projets de PPP préfèrent généralement soumettre d'éventuels différends à un arbitrage, en raison de la souplesse de ce système et de la facilité avec laquelle les sentences arbitrales sont exécutées⁵⁹, plutôt qu'aux tribunaux publics. Les parties peuvent décider de passer des accords de cumul de cause d'action⁶⁰ aux termes desquels plusieurs actions en arbitrage qui ont des liens entre elles sont traitées ensemble, de sorte que les conflits concernant plusieurs parties au projet soient résolus de façon cohérente et coordonnée.

Dans un premier temps, les parties souhaiteront peut-être soumettre leurs différends à des mécanismes de résolution des conflits moins officiels, tels qu'un expert (un enquêteur) ou médiateur (facilitateur de négociations).

Les entités souveraines bénéficient de certaines immunités devant leurs propres tribunaux nationaux et les tribunaux étrangers. Les immunités qui leur sont le plus fréquemment attribuées par les tribunaux nationaux sont la juridiction et l'exécution⁶¹, qui peuvent être généralement suspendues ou restreintes par la loi.

Des ingénieurs indépendants sont souvent recrutés pour superviser la construction et l'exploitation des installations, participer aux essais et, éventuellement, produire certains certificats. Ces certificats servent généralement de référence pour l'exécution des tirages ou la validation des étapes clés du contrat

59. L'exécution des décisions arbitrales repose sur plusieurs traités et conventions internationaux, notamment la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Organisation des Nations Unies, 1958) (la « Convention de New York »).

60. L'arbitrage est un mécanisme privé de résolution des conflits selon lequel les parties s'entendent sur le choix d'un arbitre et de règles reflétant la nature complexe et commerciale des différends. Généralement, ce mécanisme permet de résoudre les conflits plus rapidement et de façon plus réceptive qu'il n'est possible de le faire devant les tribunaux nationaux. Toutefois, le travail des arbitres est restreint par le mandat qui leur est confié, de telle sorte que, même si deux différends peuvent être réglés conjointement, l'arbitre ne pourra suivre cette voie que si les parties concernées acceptent de joindre leurs actions.

61. Maryan, « Negotiating with the Monarch; Special Problems when the Sovereign is your Partner », *Project Financing in Emerging Markets 1996; Successful Development of Power, Mining, Oil and Gas, Telecommunications and Transportation Projects*, page 122 (1996), page 117.

de concession. L'ingénieur indépendant peut jouer aussi un rôle dans la résolution des conflits, notamment lorsque la résolution immédiate d'un différend nécessite une évaluation technique. L'ingénieur indépendant peut être nommé conjointement par le concédant, la société du projet et les prêteurs.

5.13.2 Force majeure

Certains événements qui échappent au contrôle des parties — conditions météorologiques catastrophiques, tremblements de terre, guerres, etc. — peuvent empêcher les parties de s'acquitter des devoirs et obligations qui leur sont conférés aux termes des conventions du projet. Compte tenu du caractère extrême et imprévisible de ces événements, les parties préféreront éviter la résiliation immédiate du contrat et accorder des dispenses pour les obligations contractuelles qui n'ont pas pu être respectées. Chaque régime juridique définira de façon différente le concept de « cas de force majeure ». Pour éviter les aléas et incertitudes potentiels et les retards susceptibles de survenir en vertu du droit applicable, les contrats contiennent souvent une clause de force majeure spécifique, ainsi que la définition des événements qui peuvent bénéficier d'un traitement spécial. En général, les parties dressent, dans la clause de force majeure, une liste, exhaustive ou non, d'exemples de cas de force majeure. Ces cas peuvent généralement être regroupés en deux grandes catégories : les phénomènes naturels et les événements politiques. La partie qui a été empêchée d'exécuter une obligation en raison d'un cas de force majeure est généralement dispensée de cette obligation, par exemple pour une durée maximale de six mois, mais n'est pas dédommagée (il se peut qu'un service d'assurance couvre ces coûts) ; après ces six mois, l'une des parties ou les deux parties peuvent décider de résilier le contrat.

5.13.3 Choix du droit applicable

Le droit applicable à un contrat définira dans une certaine mesure les obligations des parties concernées et servira de base à l'interprétation des intentions des parties telles qu'elles sont exprimées dans le contrat. Les documents du projet peuvent être influencés par des régimes juridiques différents. Chaque contrat doit normalement inclure une clause relative au choix du droit applicable, et chaque partie souhaitera appliquer un régime juridique avec lequel elle est à l'aise et dont les lois et conditions contractuelles implicites étayent ses intentions. Le fait de soumettre les documents du projet à l'influence de plusieurs régimes juridiques accroît la probabilité de lacunes dans la répartition des risques de type « backtoback ». Dans la réalité commerciale, toutefois, des discordances apparaissent souvent dans le choix du droit et doivent être gérées en conséquence.