Annexe 4

Guide pour les Contrats de Concession

1 Introduction

Le but d'un Accord de Concession est de créer le meilleur rapport qualité-prix pour la fourniture de services ferroviaires. L'Accord cherche à équilibrer les contributions des secteurs public et privé de manière à ce que les obligations de service public soient remplies aussi économiquement que possible, tout en conservant des niveaux acceptables de services. Ces niveaux sont parfois mieux assurés par le secteur privé, avec un soutien du gouvernement. Rédiger l'arrangement contractuel connu comme Accord de Concession devrait être précédé d'une étude de faisabilité exhaustive comprenant les diligences juridiques requises et un examen des risques, qui peuvent différer d'un pays à l'autre.

Dans les arrangements contractuels, une différence critique entre les pays de droit civil et ceux de droit coutumier est l'interprétation juridique des accords. D'une manière générale, dans les pays de droit coutumier, la loi suppose que les parties ont énoncé les détails de leur accord dans le contrat. Donc, de par la loi, le contrat signifie ce qu'il dit. Par contre, les pays de Code Civil comptent beaucoup plus sur les dispositions de ce dernier, et donc les contrats tendent à être plus courts parce qu'ils n'ont pas besoin de répéter ce qui est dit dans le Code. De plus, les contrats sont interprétés en fonction de leurs objectifs, à savoir « quelle était l'intention de chacune des parties ? ».

Dans une certaine mesure, si un financement du projet est utilisé, les prêteurs internationaux tendent à demander une documentation exhaustive plutôt qu'à compter sur l'interprétation juridique, ou, si celle-ci échoue, sur les résultats de l'arbitrage. Cependant, si les prêteurs sont assurés d'être payés intégralement par l'état dans l'éventualité d'une résiliation, ils peuvent se sentir moins préoccupés, mais l'état sera considérablement plus exposé au risque résiduaire.

Le secteur public devrait considérer les questions suivantes : (i) devrait-il recapturer certains bénéfices des arrangements de refinancement afin d'améliorer le rendement sur capital investi ? (ii) Devrait-il compter sur un modèle financier pour réaliser des ajustements dans l'Accord de Contrat ? (iii) Comment devrait-il calculer les indemnités pour résiliation si une structure financière d'entreprise est adoptée, au lieu d'une structure de financement de projet ? Les Accords de Concession devraient donc refléter les résultats de ces décisions.

1.1 But de l'Accord de Concession

Les trois principaux objectifs de l'Accord de Concession sont les suivants :

a) Favoriser une bonne compréhension des responsabilités et des risques principaux encourus par les deux parties ;

b) Définir les niveaux spécifiques de services que le secteur privé devra délivrer, et le flux des paiements entre les parties sans négociations prolongées, et

c) Etablir une approche et une tarification cohérentes pour tous les soumissionnaires durant une procédure d'appel d'offres concurrentiel à la suite de l'introduction des réformes.

1.2 Facteurs critiques

Ce Guide ne prétend pas rédiger des avant-projets de clauses, mais cherche plutôt à signaler beaucoup des questions à prendre en considération lors du développement d'arrangements du type concession. Ainsi que mentionné dans l'Introduction, dans les pays de droit civil, certaines de ces questions peuvent être couvertes dans le Code Civil et n'ont donc pas besoin d'être répétées dans l'Accord, ou bien, là où cela est permis, l'Accord peut chercher à s'éloigner du Code Civil, ce que sa rédaction devrait refléter. Ainsi, ce Guide aborde non seulement les questions générales qui peuvent surgir eu égard aux concessions, mais aussi les facteurs et situations particuliers aux chemins de fer, et leur impact potentiel sur un Accord de Concession. Bien que certains de ces facteurs et situations ne soient ni obligatoires ni essentiels, ils illustrent les questions qui devraient être considérées dans les arrangements de type concession.

d) La partie secteur privé sera-t-elle une entité ad hoc ? Initialement, ceci pourrait signifier que cette partie utilise ses propres entrepreneurs et leurs sous-traitants pour fournir les services en son nom. Habituellement, une entité ad hoc est une société établie dans un but unique. Une fois les frais d'exploitation et d'entretien couverts, les revenus de la société sont utilisés pour rembourser la dette et en payer les intérêts, et payer un dividende sur le capital. La société peut affecter des revenus à l'augmentation et/ou à l'amélioration des avoirs utilisés pour remplir les termes de la concession, mais ne devrait pas être supposée acquérir des avoirs dans un autre but.

e) Le secteur public a-t-il l'intention de créer un Concessionnaire ainsi que l'Accord de Concession exécuté, suivi par une concurrence pour transférer la société concessionnaire au secteur privé (c'est-à-dire avec le bénéfice de l'Accord de Concession) ?

f) La partie contractante du secteur public sera-t-elle un ministère, une agence gouvernementale ou une entreprise publique, telle qu'une société d'avoirs de chemins de fer ? S'il s'agit d'un ministère, des garanties de l'état ne seront pas nécessaires comme elles le seraient s'il s'agissait d'une entreprise publique.

g) Les avoirs à utiliser pour la concession seront-ils transférés au concessionnaire, ou bien le transfert ne comprendra-t-il que les droits de les utiliser ? Par la même logique, si seulement les droits d'utilisation sont transférés, les nouveaux avoirs développés par le Concessionnaire seront-ils transférés immédiatement à l'Autorité, avec le droit continu pour le Concessionnaire de les utiliser ?

h) Les avoirs du chemin de fer concessionnés seront-ils un sous-ensemble du système ferroviaire du pays hôte ? Le chemin de fer sera-t-il, selon l'Accord de

Concession, utilisé principalement pour le fret, ou bien le Concessionnaire devra-t-il permettre l'accès à l'infrastructure pour le trafic de passagers ?

i) L'Accord de Concession exigera-t-il un développement ou une rénovation de l'infrastructure et de nouveaux équipements (Nouvelles Modernisations), suivis par une phase de pleine exploitation durant laquelle le Service Intégral sera fourni ?

j) Les obligations d'exploitation démarreront-telles dès que le terme de la concession commencera ?

k) Tout développement de terrain associé avec la concession devrait-il se produire à travers un Accord sur le Développement de Propriété associé ? L'Accord devrait bénéficier au secteur public à travers une part des gains du développement, parce que, dans la plupart des économies, les marchés de propriétés commerciales et autres s'éloignent considérablement du cycle de développement de l'infrastructure. Un Accord de Développement de Propriété évite le risque de ne pas réaliser la pleine valeur de marché des droits de développement.

l) Le ministère devrait-il conserver le droit de révoquer les droits aériens ou d'annuler les droits d'accès au terrain qui n'est pas essentiel à l'exploitation des chemins de fer sans indemniser le Concessionnaire ? Si le ministère conserve ce droit, le Concessionnaire ne pourra pas exploiter sa position de monopole dans l'infrastructure linéaire, par exemple s'il s'agit de créer des croisements au-dessus ou au-dessous de l'infrastructure.

m) Les Nouvelles Modernisations seront-elles entièrement ou partiellement financées par une dette à recours limité ou des arrangements de location ?

n) Les coûts des Modernisations Futures devraient-ils être couverts par des retenues sur les flux de rentrées du Concessionnaire, sauf si disposé dans l'Accord de Concession ? Lorsque l'Accord est exécuté, les Modernisations Futures peuvent ne pas encore être identifiées, et n'émerger qu'avec la croissance de l'économie du pays hôte.

o) Des augmentations de tarif devraient-elles être permises avant l'exécution complète des Nouvelles Modernisations ?

p) L'Accord de Concession devrait-il permettre une dérogation aux standards pour refléter l'état actuel de l'infrastructure et de l'équipement jusqu'à ce que les Novelles Modernisations soient achevées ?

q) Si la loi du pays ne fournit pas de régime de sécurité pour les chemins de fer, l'Accord de Concession devrait en incorporer un. Ce régime pourrait être remplacé lorsque le pays hôte adoptera son régime statutaire. Si la loi nationale exige un régime de sécurité, y-a-t-il un régulateur ou une autre entité indépendante pour superviser le régime ? Les investisseurs et les prêteurs peuvent être nerveux si le régime est appliqué par l'entité entrant dans l'Accord de Concession. Comme il a déjà été indiqué dans ce Manuel, l'objectif final devrait être la régulation économique si les forces du marché ne sont pas une incitation économique suffisante et la régulation de la sécurité devrait être effectuée par un régulateur indépendant. Une liaison étroite entre les régulations économique et de sécurité a ses avantages, parce qu'elle assure que

le régulateur de sécurité n'empêche pas le « bien » en habilitant des exigences de sécurité visant au « meilleur », ce qui pourrait être commercialement impraticable. Pour les besoins de ce Guide, et dans un but purement illustratif, il est supposé qu'un Conseil de Sécurité des Chemins de Fer existe au sein de la Commission de Régulation des Transports du pays hôte.

r) L'accès d'une tierce partie internationale sera-t-il requis dès que l'état aura signé les accords transfrontaliers avec les gouvernements des pays voisins ?

s) Si une tierce partie internationale doit avoir l'accès, serait-il utile pour le Concessionnaire d'adopter comme hypothèse de travail que les règles du traité suivront un précédent ? La COTIF (Convention Internationale sur le Transport International Ferroviaire) serait-elle une directive utile pour identifier le futur régime d'accès ?

t) Si les Postes Frontière doivent être agrandis et modernisés en tant que Future Modernisation, mais ne sont pas encore connus parce qu'ils dépendent des traités avec les pays voisins, l'état devrait-il payer les coûts des Postes Frontière ?

u) Quand sera-t-il effectué un audit environnemental ? Le secteur privé aussi bien que le public devrait comprendre le statut des conditions environnementales préexistantes *avant* de commencer le processus d'appel d'offres. Le pire scénario serait que l'audit environnemental soit exécuté après que les droits de concession aient été octroyés et soient déjà en effet.

Les réponses à ces questions seront reflétées dans l'Accord de Concession, mais aucune solution particulière n'implique qu'une structure donnée, y compris une structure financière, est préférable en soi. La pertinence de diverses structures, y compris les compromis entre coût, complexité et risque, devrait contribuer à l'évaluation générale par le secteur public de toute proposition de réforme, et, si une concession est adoptée, de toute proposition ultérieure par un soumissionnaire. Cependant, la nature de l'Accord de Concession est telle que la documentation sera raisonnablement exhaustive, et si une transaction plus simple est adoptée, alors l'approche peut être simplifiée. Ce Guide désire encourager ses utilisateurs à considérer toutes ces questions, mais ne prétend pas être normatif.

L'octroi de la Concession peut être le résultat d'une offre non sollicitée (bien qu'une telle offre puisse ne pas donner le meilleur résultat) ou d'un appel d'offre concurrentiel. Comme il a déjà été indiqué au Chapitre 13, le processus d'appel d'offres doit être considéré soigneusement pour obtenir le meilleur qualité/prix tout en encourageant l'initiative du secteur privé. Pour des projets simples, il peut être possible d'envoyer un formulaire de contrat à signer par chacun des soumissionnaires ; l'offre gagnante est ensuite contresignée par le secteur public, et devient le contrat. Pour des questions plus complexes, une plus grande flexibilité sera nécessaire mais des négociations après la réception des offres finales devraient être évitées.

Ce Guide est conçu pour fournir à ses utilisateurs un cadre conceptuel dans lequel considérer les diverses questions, dont beaucoup sont liées. Le cadre conceptuel inclut donc la concession pour l'infrastructure, avec le droit d'exploiter tous les services de fret. Il est supposé que les services de transport de passagers sont permis

sur l'infrastructure ferroviaire, mais la franchise pour ces services devrait être traitée séparément (pour les Guide sur les Services ferroviaires de Passagers, voir l'Annexe 5). Pour des exemples d'Accords de Concession de Chemins de Fer, voir les PPP du Centre de Ressources pour l'Infrastructure[155].

2 Le Guide

2.1 Parties

Dans ce Guide, l'entité du secteur publique qui octroie les droits de concession est appelée « l'Autorité », et sa contrepartie, « le Concessionnaire », et le schéma général est appelé « le Schéma ». L'accord soussigné par l'Autorité et le Concessionnaire est appelé « l'Agrément ». Toutes les parties ayant un enjeu financier dans le Projet, autres que les fournisseurs et les fournisseurs de capital, sont appelé les « Bailleurs de fonds », et le terme « fonds » se réfère à tous types d'intérêts financiers dans le projet, autres que le capital et les fournisseurs.

Il convient de noter que dans certains pays, le soumissionnaire peut être un consortium et la société concessionnaire peut être créée immédiatement avant ou après la signature de l'Accord de Concession. Si la société concessionnaire est créée immédiatement après la signature, l'Accord de Concession devrait comporter une disposition l'octroyant ou l'assignant par novation à cette nouvelle société avant que le terme de la Concession n'entre en vigueur.

2.2 Attendus/Motif

Le format du document reflètera, dans une certaine mesure, le droit coutumier du pays hôte. Ces dispositions décriront l'Autorité et son mandat, la concession proposée, et peuvent inclure une brève description de la procédure d'appel d'offres et de son résultat attendu, à savoir l'appointement du Concessionnaire.

2.3 Définitions

Dans certains pays, la législation fournit des définitions et l'interprétation des contrats et d'autres documents juridiques. Dans la mesure où ceci n'est pas fourni, l'interprétation des expressions et la signification de termes définis devraient être énoncées.

Définitions pour le Guide pour les Concessions de Chemins de Fer

Partie Affectée signifie la Partie négativement affectée par un Cas de Force Majeure.

Accord signifie l'Accord de Concession entre l'Autorité et le Concessionnaire.

Autorité signifie l'entité du secteur public soussignée dans l'Accord.

155 http://web.worldbank.org/external/default/main?menuPK=4704603&pagePK=64861910&piPK=64861909&theSitePK=4817374

Défaillance de l'Autorité signifie un Cas de Défaillance pour lequel l'Autorité est responsable.

Variation de l'Autorité signifie une Variation demandée ou recherchée par l'Autorité.

Date d'Exécution signifie, sujet à ajustement selon l'Accord, la dernière date à laquelle le Concessionnaire doit achever les Nouvelles Modernisations. En cas de manquement à cette obligation, l'Autorité peut procéder à la résiliation immédiate de l'Accord.

Infrastructure sous les rails signifie toutes les infrastructures, y compris les rails, nécessaires pour délivrer les services de fret et, le cas échéant, les services de passagers qui utiliseront cette infrastructure, ce qui devra être détaillé dans une Annexe à l'Accord.

Changement de Circonstances a la signification indiquée dans la Section 2.18 de ce Guide.

Changement dans l'utilisation du terrain signifie toute utilisation du terrain constituant tout ou partie du Site, pour lequel le consentement a été obtenu soit par la loi, soit dans l'Accord, s'écartant de l'Utilisation du Terrain existante.

Consentements aux changements dans l'utilisation du terrain : les consentements soit par loi soit sous l'Accord, pour permettre un Changement dans l'Utilisation du Terrain.

Cas d'Indemnisation a la signification décrite dans la Section 2.16 de ce Guide.

Concessionnaire signifie l'entité juridique autorisée à exercer les droits et à remplir les obligations énoncées dans l'Accord, et la contrepartie à l'Autorité selon les termes de l'Accord.

Défaillance du Concessionnaire signifie un Cas de Défaillance, pour lequel le Concessionnaire est responsable.

Variation du Concessionnaire signifie une Variation demandée ou recherchée par le Concessionnaire.

Avoirs Concessionnés signifie les avoirs qui ont été transférés au Concessionnaire, ou les droits d'utiliser les avoirs qui ont été transférés, sachant que ces derniers peuvent être remplacés, améliorés ou augmentés par le Concessionnaire conformément à l'Accord.

Conditions Suspensives signifie les obligations à remplir par les parties afin que l'Accord entre complètement en vigueur, dont la Section 2.4 de ce Guide donne des exemples.

Information Confidentielle signifie l'information qui doit être gardée confidentielle par les parties sauf les exceptions spécifiques. La Section 2.24 de ce Guide en donne des exemples.

Date d'Expiration signifie la date à laquelle l'Accord expire. Les concepts sous-jacents aux deux approches sont énoncés dans la Section 2.24 de ce Guide.

Accord Direct signifie habituellement l'accord entre l'Autorité, le Concessionnaire et les Bailleurs de fonds ou leurs représentants, qui permet aux Bailleurs de fonds de

recevoir notification d'un Cas de Défaillance du Concessionnaire et d'exercer un remède pour prendre contrôle de la concession pour améliorer la performance sous l'Accord. Traditionnellement, l'Accord Direct permettait aux Bailleurs de fond d'appointer une autre entité juridique pour assumer les responsabilités du Concessionnaire sous l'Accord, mais dans de nombreux pays, du fait du niveau d'insolvabilité des sociétés, d'autres remèdes doivent être exercés.

L'expression est parfois utilisée en relation avec les accords entre l'Autorité et les principaux entrepreneurs du Concessionnaire, pour permettre à l'Autorité d'assumer le rôle du Concessionnaire dans ces contrats, dans l'éventualité d'une résiliation sous l'Accord.

Procédure de résolution des litiges, le processus de résolution des litiges entre les parties, se produisant dans ou en relation avec l'Accord, et considéré dans la Section 2.30 de ce Guide.

Date d'Entrée en Vigueur signifie la date à laquelle toutes les Conditions Suspensives ont été satisfaites, ou bien ont fait l'objet d'une exemption selon les termes de l'Accord, faisant entrer l'Accord pleinement en vigueur.

IPC signifie Ingénierie, Passation de marchés et Construction et le terme « Contrat d'IPC » a la signification qui en découle

Cas de Défaillance signifie soit un Cas de Défaillance de l'Autorité, soit un Cas de Défaillance du Concessionnaire.

Modèle Financier signifie une représentation mathématique des relations financières et opérationnelles critiques. Comprenant l'un de plusieurs ensembles d'équations, le Modèle Financier est utilisé pour analyser comment les affaires du Concessionnaire doivent être exploitées. Le Modèle Financier peut inclure l'analyse de comment des variables-clé répondront à une variété de situations ou d'évènements économiques, et inclut généralement des prévisions de revenus de dépenses de capital, de dépenses d'exploitation, et des estimations de revenus. D'une manière générale, un Modèle Financier est entré dans un logiciel qui inclut des projections de flux de trésorerie, des calendriers de dépréciation et de service de la dette, des niveaux d'inventaire, des taux d'inflation, etc. Parfois, le modèle est présenté sous forme de feuilles de travail, et s'il doit être utilisé pour les besoins de l'Accord, il peut être gardé en forme électronique, et des copies peuvent être confiées à un gardien par mesure de sécurité.

Force Majeure signifie une éventualité en-dehors du contrôles des parties, et Cas de Force Majeure a la signification examinée dans la Section 2.16 de ce Guide.

Bailleurs de fonds dans ce document se réfère aux parties avançant des fonds pour le Projet, et peut comprendre les créanciers obligataires, mais exclut les fournisseurs de capital ou de financement du type capital à travers des prêts subordonnés.

Futures Modernisations se réfère aux améliorations aux Avoirs Concessionnés qui seront probablement exigées à mesure que la concession est développée, mais ne sont pas spécifiquement exigées dès le début.

Concepteur Indépendant signifie la personne ou entité juridique pouvant être appointée par le Concessionnaire, bien qu'il s'agira plus probablement de

l'entrepreneur du Concessionnaire, dans les circonstances profilées dans la Section 2.9 de ce Guide.

Ingénieur Indépendant signifie la personne désignée par l'Autorité pour superviser la mise en œuvre des Nouvelles Modernisations, entre autres choses, selon la Section 2.5 de ce Guide.

Certificat d'Assurance se réfère au certificat émis par les compagines d'assurance pertinente donnant foi de l'assurance souscrite par le Concessionnaire en son nom.

Evènement intervenant a la signification décrite dans la Section 2.16 de ce Guide.

Retour se réfère au processus de retourner au Concessionnaire, à l'Autorité ou à son représentant les droits du Concessionnaire sur les Avoirs Concessionnés et d'autres avoirs pouvant être prescrits dans l'Accord, à l'expiration ou à la résiliation antérieure au Terme de l'Accord.

Avoirs Rendus désigne les avoirs prescrits dans l'Accord, devant être rendus à l'Autorité par le Concessionnaire.

Date de Retour signifie la date à laquelle les Avoirs Rendus sont retournés à l'Autorité.

Non-Retour signifie que le Concessionnaire ne respecte pas les termes de l'Accord de retourner des Avoirs Rendus à l'Autorité

Procédures de Retour des Avoirs est le protocole ou autre obligation écrite annexée à l'Accord, établissant les étapes à suivre pour le retour des Avoirs Rendus à l'Autorité.

Utilisation du Terrain signifie l'utilisation du terrain constituent le site, telle que permise par la législation pertinente.

Nouvelles Modernisations, sont les améliorations et additions aux Avoirs Concessionnés, dont les détails sont contenus dans l'Accord, qui doivent être entreprises par le Concessionnaire immédiatement après l'entrée en vigueur.

Partie non Défaillante désigne la partie de l'Accord qui n'a ni commis ni permis le Cas de Défaillance pertinent.

Notification d'Intention de Résilier signifie la notification expédiée par la Partie non Défaillante lorsque le Cas de Défaillance est remédiable, notifiant l'autre partie qu'à moins que la situation soit remédiée dans un délai spécifié, la Partie non Défaillante devra servir une Notification de Résiliation. Parfois les parties s'efforceront de tomber d'accord sur un calendrier ou programme de remède, auquel cas la notification concernera l'échec dans l'atteinte d'un accord sur le programme d'actions de remède.

Partie signifie soit l'Autorité soit le Concessionnaire ; les partie**s** désignent l'Autorité ainsi que le Concessionnaire.

Divulgation Permise signifie les circonstances dans lesquelles l'Information Confidentielle peut être communiquée à des tierces parties.

Cas de Force Majeure Politique signifie que les exceptions à la la règle sur les Cas de Force Majeure pour lesquelles l'Autorité accepte d'indemniser le

Concessionnaire dès qu'ils se produisent. La Section 2.16 de ce Guide donne des exemples de tels Cas.

Exploitant de Fret ferroviaire signifie un exploitant responsable des services de fret ferroviaire utilisant l'Infrastructure sous les Rails, et qui sera un Détenteur d'Accès aux voies.

Conseil de Sécurité des Chemins de Fer est un terme pratique pour les besoins de ce Guide, qui se réfère à l'entité juridique chargée de réguler la sécurité des chemins de fer. La nature exacte de l'entité dépendra des lois du pays hôte, de l'existence ou non d'une personne ou entité juridique responsable de la sécurité ferroviaire, et ensuite de savoir si la sécurité deviendrait régulée par contrat dans le cadre de l'Accord jusqu'à ce que la régulation soit introduite par une législation.

Site désigne la ou les zones de terrain mise(s) à disposition par le Concessionnaire dans le but de remplir ses fonctions et d'exercer ses droits selon l'Accord.

Prêteurs principaux signifie les Bailleurs de fonds qui ont fait des prêts au Concessionnaire, et qui occupent un rang supérieur à tous les autres créanciers, à moins qu'une combinaison de financement par obligations et par créances privilégiées ne soit utilisée, auquel cas les Prêteurs Principaux occupent habituellement le même rang que leurs pairs.

Période spécifiée signifie une durée, typiquement mesurée en années, durant le Terme identifié, et durant laquelle des résultats spécifiés doivent être atteints.

Guide se réfère à la présente explication des composants d'un Accord. Le Guide abordera les questions, principales, bien que beaucoup d'autres questions de détails devraient aussi être considérées. De même que « la beauté se trouve dans l'œil de l'observateur », les opinions différeront quant aux détails qui devraient être inclus ici.

Terme signifie la Période que l'Autorité octroie au Concessionnaire pour qu'il exerce les droits de l'Accord. Le Terme devrait être suffisant pour permettre au Concessionnaire de rembourser tout le capital avancé par les Bailleurs de fonds et par ailleurs pour assurer le service de ces dettes et le paiement aux fournisseurs de capital un dividende proportionnel aux risques encourus par eux.

Notification de Résiliation est la notification servie à l'une des Parties par l'autre, spécifiant la date à laquelle le Terme, et le cas échéant, l'Accord, expireront avant la durée complète du Terme.

Responsabilité de Tierce Partie signifie le devoir de diligence ou le devoir absolu de par la loi générale ou de par une législation spécifique de ne pas nuire aux intérêts des tierces parties détenus par une entité juridique envers une autre entité juridique, y compris une personne et les possibles plaintes dues au non-respect de ce devoir.

Demandeur d'accès aux voies est un exploitant de trains qui sollicite le passage de son matériel roulant sur l'Infrastructure sous les Rails pour des horaires et des durées spécifiées, souvent appelés « sillons horaires ».

Détenteur d'accès aux voies signifie un exploitant de trains ayant un droit en vigueur d'utiliser des sillons horaires spécifiques. Si un Détenteur d'accès aux voies sollicite des sillons horaires supplémentaires, pour les besoins de sa demande, il sera appelé un Demandeur d'Accès aux Voies.

Commission de Régulation des Transports est le terme utilisé dans ce Guide pour des raisons pratiques ; il s'agit de l'entité juridique responsable de la régulation économique ou de la régulation de la qualité des services, ou bien des deux, dans les chemins de fer. La nature exacte de l'entité dépendra des lois du pays hôte, de l'existence ou non d'une personne ou entité juridique responsable de la sécurité ferroviaire, et ensuite de savoir si la sécurité deviendrait régulée par contrat dans le cadre de l'Accord jusqu'à ce que la régulation soit introduite par une législation.

Variations signifie un changement demandé par le Concessionnaire ou par l'Autorité au sujet des Avoirs Concessionnés ou des services à délivrer dans l'Accord, différent de ceux planifiés ou exécutés comme Nouvelles Modernisations ou comme Modernisations Futures.

2.4 Conditions suspensives à l'Entrée en Vigueur

La plupart des dispositions de l'Accord n'entreront pas en vigueur jusqu'à ce que des obligations spécifiques aient été remplies. Ces dispositions spécifient les obligations principales (« Conditions suspensives »).

Certaines obligations critiques sont plus techniques, telles que l'obligation pour chaque partie d'obtenir toutes les autorisations nécessaires pour être liée par l'Accord, et les opinions juridiques ratifiant que les autorisations ont été dûment obtenues.

D'autres exigences critiques sont plus substantielles, telles que l'obligation pour le Concessionnaire de passer un accord obligatoire de financement avec les Bailleurs de fonds.

Si le Concessionnaire doit obtenir l'émission d'un cautionnement d'exécution ou similaire, le délai pour cette émission devrait être traité dans les Conditions Suspensives, bien que les dispositions pour l'obtention de cautionnements puissent être énoncées ailleurs (voir les Sections sur les Obligations).

Des dispositions de date limite seront nécessaires pour achever les conditions, ou recevoir une dispense si elle est faisable, et pour les conséquences d'une faillite par l'une ou l'autre des parties. Dans le cas d'une faillite du Concessionnaire, et si les documents d'appel d'offres le permettent, il pourrait être approprié pour l'Autorité d'appeler l'offre une obligation.

2.5 Conditions suspensives au Démarrage du Terme

Dans l'hypothèse que la phase opérationnelle et la phase de construction pour les Nouvelles Modernisations démarreront dès le commencement du Terme, des démarches spécifiques doivent être exécutées afin que le Concessionnaire puisse commencer à entreprendre ses obligations.

- Le Concessionnaire peut demander une licence d'exploitation. Des licences séparées peuvent être nécessaires pour l'exploitation de l'infrastructure et celle des trains.
- Là où les Nouvelles Modernisations exigent un changement dans l'Utilisation du Terrain, il doit être approuvé par l'Autorité,

- Là où les Nouvelles Modernisations sont substantielles, il peut être prudent d'appointer une tierce partie (l'Ingénieur Indépendant) pour constater que la conception et la construction sont exécutées conformément aux procédures de contrôles de qualité. Dans ce cas, l'Ingénieur Indépendant devrait avoir été appointé.
- Les assurances appropriées devraient avoir été obtenues, telles que des assurances tous risques d'entrepreneur, une assurance sur la propriété, une assurance sur les accidents du travail, et, la plus importante du point de vue de l'état, une couverture de responsabilité civile. Les premières conditions suspensives des accords de financement devraient avoir été remplies, autres que celle exigeant le commencement du Terme.

Si un accord direct entre les Bailleurs de fonds et l'Autorité est nécessaire aux Bailleurs de fonds pour organiser la nouvelle gestion du Concessionnaire existant ou pour trouver un Concessionnaire de remplacement, ou les deux (à la satisfaction de l'Autorité), alors cet accord devrait avoir été exécuté.

- Tout paiement de capital devant être fait par le Concessionnaire comme frais de concession ou similaire devrait avoir été payé, ou, dans le cas de versements, le premier versement devrait avoir été payé.
- L'approbation du régime de sécurité (peut-être à travers un dossier de sécurité) devrait avoir été obtenue auprès de la Commission de Sécurité des Chemins de Fer ; ceci peut exiger des autorisations séparées pour l'exploitation de l'infrastructure et celle du matériel roulant.
- Les employés devraient être prêts pour leur transfert de l'Etat au Concessionnaire.
- Les termes d'accès des tierces parties devraient avoir été agréés par la Commission de Régulation des Transport, ainsi que la tarification sous le régime de facturation – ou en conformité avec tout régime applicable dans le pays hôte.
- Là où la Commission de Régulation des Transports ou une autre autorité a approuvé les tarifs de fret, l'approbation devrait avoir été obtenue, et
- Un régime de renouvellement et d'entretien pour la première Période Spécifiée, peut-être trois ans, devrait avoir été agréé par le (les) organe(s) pertinent(s).

Une période limite devrait être donnée pour remplir ces conditions, et les conséquences de ne pas les remplir devraient être énoncées.

2.6 Terme

L'Accord doit spécifier la longueur du Terme ou sa durée. La durée devrait refléter toutes les matières pertinentes, voir ci-dessous.

L'autorité désirera spécifier une durée qui aura pour résultat la solution de meilleur qualité-pris pour la réforme. Les facteurs à prendre en compte pour décider de la durée de l'Accord comprendront ce qui suit :

- Toute obligation de service imposé par l'Autorité dans l'Accord,
- La possibilité de nouvelles réformes, ce qui pourrait exiger des changements considérables dans l'approche au système des chemins de fer.
- L'abordabilité des services pour les usagers et pour l'Autorité, en tenant compte de la durée de vie utile économique des avoirs sous-jacents. D'un point de vue d'abordabilité, une durée plus longue peut être préférée, si les avoirs impliqués dans la délivrance des services ont une vie économique plus longue (ponts et autres structures majeures).
- Besoin de rénovation majeure et calendrier associé, ou programme de renouvellement des avoirs durant le Terme.
- Le terme probable de la dette principale, et le potentiel de refinancement de la concession pour une période plus longue de service de la dette, ce qui peut faire augmenter la durée, et
- Le potentiel pour une option de rallonger le terme de l'Accord en entrant dans une période de contrat supplémentaire avec le Concessionnaire initial.

Aussi bien l'Autorité que le Concessionnaire devraient être conscients de l'inévitable rapidité du changement technologique. De plus, à mesure que l'économie croît, les diverses demandes pour le transport croissent aussi, ainsi que le risque d'une augmentation de la part du transport routier du fret. Par ailleurs, l'accroissement de la prospérité augmente le désir de posséder un véhicule personnel, en particulier des automobiles, et augmente la concurrence par les lignes aériennes peu coûteuses. En conséquence, les exigences de l'Autorité changeront probablement pendant la durée du Terme. L'Autorité devrait pouvoir assurer que les régimes inclus dans l'Accord sont suffisamment flexibles pour permettre, avec le temps, des changements dans le service. Si, cependant, l'Autorité craint que ces changements soient si radicaux qu'ils puissent faire que la concession dans sa forme actuelle devienne superflue, elle peut souhaiter retenir une certaine flexibilité à travers des durées de contrat plus courtes, et cohérentes avec un plan de financement abordable.

L'impact des cas d'intervention pendant la durée de l'Accord est traité à l'article Cas d'Intervention dans la Section 2.16 ci-dessous.

Les dispositions suivantes du Guide aborderont les circonstances à l'expiration du Terme et à la résiliation. La loi et la pratique du pays hôte détermineront si la résiliation avant l'expiration du Terme devrait concerner le Terme ou l'Accord. Résilier le Terme et traiter les conséquences de cette résiliation tandis que l'Accord continue d'exister peut avoir certains avantages.

2.7 Concession

Il est hautement improbable que tous les avoirs qui seront utilisés par le Concessionnaire soient identifiés au démarrage du Terme, et encore moins au moment de l'exécution de l'Accord de Concession. Il existe des exemples où des ensembles de wagons ont été trouvés sur de grandes lignes quelque temps après que le secteur privé ait repris la concession. De ce fait, l'octroi des droits devrait être suffisamment générique pour inclure tous les avoirs que le Concessionnaire pourrait

raisonnablement utiliser. Cependant, s'il existe des interfaces avec d'autres systèmes n'étant pas considérés pour être inclus dans la concession, il peut être raisonnable de spécifier une période de transition durant laquelle il peut être constaté qu'il serait plus approprié de garder ces avoirs dans un autre système, et qu'un transfert puisse être effectué de, ou à, la concession.

Le droit octroyé doit aussi être considéré. Les Bailleurs de fonds voudront savoir si l'utilisation des Avoirs Concessionnés est exclusive au Concessionnaire et ne peut pas être réclamée par des tierces parties ou si les avoirs ne peuvent pas être utilisés par d'autres, sauf là où spécifiquement envisagé dans les termes de l'Accord. Le secteur public voudra savoir si les avoirs seront disponibles pour remplir toute obligation de service public dans le cas d'une sérieuse Défaillance du Concessionnaire. Ainsi, les droits de la concession pourraient être un droit exclusif *d'exploiter* et les avoirs resteraient acquis à l'état. Tout avoir développé par le Concessionnaire dans le futur serait dévolu à l'état dès son entrée en service. Dans certains pays, l'état louera des biens immeubles et meubles au Concessionnaire, mais ceci n'est pas une option si la loi offre une protection contre la résiliation de la location, en particulier si une société devient insolvable.

D'autres considérations sont de savoir si l'état désire permettre au Concessionnaire de prétendre aux dépenses en capital contre les bénéfices (amortissements fiscalement autorisés), et quels sont les intérêts sur les avoirs que le Concessionnaire doit détenir pour obtenir ces amortissements.

Si les avoirs sont acquis et doivent être acquis à l'état, un mécanisme est nécessaire pour permettre l'enlèvement temporaire des avoirs devant être réparés ou renouvelés, ou, lorsque les avoirs sont enlevés pour remplacement, pour permettre le transfert à l'état des nouveaux avoirs.

Dans la mesure du possible, l'Autorité devrait offrir des garanties et devrait exclure toute responsabilité quant à l'état des avoirs. Si le Concessionnaire adopte les plans antérieurs de Nouvelles Modernisations préparées par, ou au nom de, l'Etat, la responsabilité de ces plans devrait être exclue sur la base du fait que tous les soumissionnaires auront eu le temps de valider ces plans.

Si un inventaire de pièces détachées existe pour le système en général, et pas seulement pour le concessionnaire de chemins de fer, l'inventaire devrait être ventilé pour permettre la répartition adéquate entre le Concessionnaires et d'autres.

Des points d'accès de secours à l'infrastructure ferroviaire peuvent être exigés, ainsi que des droits pour le Concessionnaire de passer sur les terrains adjacents pour accéder à l'infrastructure. Des arrangements similaires peuvent être nécessaires pour effectuer des réparations ou des renouvellements et pour accéder aux voies d'eau, si nécessaire pour des arrangements d'évacuation des eaux.

La nature de la concession doit être énoncée :

- Est-elle un droit et une obligation de renouveler, d'entretenir et d'exploiter l'Infrastructure sous les Rails pour le fret ?

- Est-elle un droit d'exploiter des services de fret ?
- Est-elle un droit et une obligation de renouveler, d'entretenir et d'opérer l'Infrastructure sous les Rails pour les services de passagers ?
- Y-a-t-il une obligation de fournir l'accès à l'Infrastructure Sous les Rails à des tiers, et l'accès comprend-il les services internationaux, nationaux, de fret et/ou de passagers ?
- Quels droits de propriété sont inclus ? La propriété et les droits de propriété peuvent-ils être supprimés de la concession au nom du bien public ?
- Est-il permis au Concessionnaire d'exploiter la zone de voies, par exemple à travers des câbles de communication ou des poteaux pour réseaux cellulaires : dans ce cas, les recettes perçues sont-elles considérées comme un revenu régulé ou non régulé ?

La nature des droits octroyés doit être soigneusement examinée. Dans le cas d'une Infrastructure sous les Rails, s'agit-il d'un droit exclusif sur une zone géographique ? Que se passe-t-il si la société privée décide de construire une ligne privée pour un usage spécial, par exemple, entre une mine ou une carrière et une usine de traitement ? Que se passe-t-il si une entreprise privée souhaite construire une ligne secondaire ? Au lieu de l'octroi d'un droit exclusif sur une zone géographique, il est recommandé que l'Autorité accepte de ne pas subventionner les lignes concurrentes.

La portée de la concession requiert une analyse approfondie, en particulier des frontières avec d'autres infrastructures.

- Initialement, de nombreux croisements de trafic se trouveront en superficie, mais là où il y a des tunnels et des ponts, la responsabilité de l'entretien devrait être établie, et si elle n'est pas clairement reflétée dans la loi statutaire, alors elle devrait être énoncée dans l'Accord.

- Si l'équipement doit être fourni, la fourniture de l'équipement de secours (tel que machinerie de transport lourd) doit être traitée. L'équipement devrait-il être disponible pour d'autres utilisateurs ? De plus, si le Concessionnaire doit acheter de nouveaux équipements tels qu'un engin TEST, celui-doit il être disponible pour utilisation dans d'autres domaines ?

- Si les gares et autres installations doivent être partagées, il est avantageux d'établir des lignes de démarcation et un régime d'exploitation, en un effort pour éviter de futurs litiges entre les parties au sujet des interfaces.

2.8 L'Ingénieur Indépendant

Si de Nouvelles Modernisations sont programmées, il peut être sensé d'établir un spécialiste neutre pour surveiller l'assurance de qualité et pour confirmer que les modernisations sont prêtes, sans compromettre la responsabilité générale du Concessionnaire. Dans une certaine mesure, les aspects de sécurité devront normalement être révisés, par exemple par le Conseil de Sécurité des Chemins de Fer. Ainsi, l'Ingénieur Indépendant doit comparer les procédures de conception et

de construction avec un régime accepté d'assurance de qualité, *mais ne doit pas* jouer le rôle détaillé et de participation active d'un ingénieur de chantier. Si des procédures doivent être développées durant le Terme, l'Ingénieur Indépendant devrait veiller à ce qu'elles le soient conformément aux documents de contrôle servant de règlement à ce moment-là.

Nonobstant le rôle de l'Ingénieur Indépendant, le Concessionnaire doit rester responsable de la conception et des travaux.

Habituellement, l'Autorité appointe l'Ingénieur Indépendant, mais le développement des termes de l'embauche et l'identification du candidat sélectionné sont généralement menés à bien en consultation avec le Concessionnaire. Typiquement, l'exigence minimum est que le candidat sélectionné ait une réputation internationale dans les domaines d'expertise pertinents.

Des dispositions devraient être établies au sujet des circonstances dans lesquelles l'Ingénieur Indépendant ne veut pas ou ne peut pas agir, ou dans le cas d'une défaillance de performance conduisant à son remplacement, après consultation entre l'Autorité et le Concessionnaire.

2.9 Commencement de Nouvelles Modernisations

Après le démarrage d'un Terme comprenant des Nouvelles Modernisations, une phase de développement suit, pendant laquelle le Concessionnaire finalise la conception et effectue la construction, les passations de marchés, et les tests des Nouvelles Modernisations et leur mise en service. Les spécifications de ces dernières sont établies dans l'Accord et énoncent typiquement les résultats attendus. Le Concessionnaire est complètement responsable pour toute la conception, la construction, l'intégration, l'installation, les tests, la passation des commandes, et la performance finale de tout avoir acquis ou développé dans le but de satisfaire aux exigences de résultats des spécifications. Une exigence de la procédure d'appel d'offres peut avoir été que les soumissionnaires aient eu à fournir des détails sur la conformité de leur proposition avec les spécifications de résultats, et les propositions du Concessionnaire deviendront partie de l'Accord. Les lois sur la responsabilité existant dans le pays hôte devraient être soigneusement examinées. Toute révision de la conception ou de la construction par l'Autorité ou l'Ingénieur Indépendant devrait éviter le risque que la conception et la construction émigrent du Concessionnaire à l'Autorité. Dans certains pays, une meilleure protection contre le risque est apportée par l'adoption d'une procédure de non-objections, plutôt que par une procédure d'approbations. Dans tous les cas, la clarté devrait être établie, de sorte qu'aucun examen par l'Autorité ou par l'Ingénieur Indépendant n'ôte au Concessionnaire sa responsabilité et sa responsabilisation pour la conception et la construction.

Si les Nouvelles Modernisations requièrent des travaux majeurs de structures, tels que des tunnels ou des ponts, ou si les travaux doivent être faits sur un site où des travaux antérieurs mais indéterminés ont déjà eu lieu, tels que des activités minières, la responsabilité de l'état du site pourrait ne pas être claire. En général, le Concessionnaire devrait assumer la responsabilité de l'état du site, mais pendant la période de soumissions, pour un projet linéaire, il peut être difficile pour un

soumissionnaire d'obtenir des informations fiables sur l'état du sol et du sous-sol. Une solution pourrait être que l'Autorité obtienne des rapports d'enquêtes sur le site, et d'attribuer le rapport et son contrat sous-jacent au Concessionnaire après la signature de l'Accord. Si cela n'est pas faisable, la question du risque posé par le site peut devoir être examinée soigneusement dans chaque circonstance. Cependant, si l'état adverse du site pose un risque potentiel trop grand pour être supporté par le Concessionnaire (c'est-à-dire, excédant la tolérance au risque des Bailleurs de fonds), un mécanisme de partage des coûts devra être inclus.

L'Autorité ne devrait pas assumer la responsabilité des risques de construction et de passation des marchés, sauf en cas de circonstances exceptionnelles. Le Concessionnaire devrait donc avoir la liberté de gérer ses propres activités sans interférences de l'Autorité. Le Concessionnaire étant entièrement responsable de remplir les obligations de services stipulées dans l'Accord, il doit accepter tout risque associé avec la mise en œuvre de la conception et du développement et avec l'établissement de procédures d'exploitation. Avant ou suivant le commencement du Terme, l 'Autorité ne devrait accepter aucun rôle impliquant d'assumer quelque part que ce soit du risque du Concessionnaire, sauf en cas de circonstances exceptionnelles, par exemple tout évènement obligeant l'Autorité à intervenir et à organiser des exploitations temporaires pour tout ou partie des installations. Dans ce contexte, les questions examinées à la Section 2.9 sont importantes.

La date-limite pour l'achèvement des Nouvelles Modernisations par le Concessionnaire devrait être explicitement déclarée. Des incitations peuvent être plus efficaces que des sanctions pour encourager le Concessionnaire à terminer les Nouvelles Modernisations dans les temps, par exemple en prévenant les augmentations dans les paiements de tarifs ou de services jusqu'à des degrés spécifiés d'achèvement, plutôt que de réclamer des dommages pour non-respect de la date d'achèvement.

Si le schéma doit remplir une obligation de service public, l'Autorité court un risque résiduel si le schéma rencontre des difficultés. Il est donc avantageux pour l'Autorité d'établir des mécanismes pour vérifier les progrès du Concessionnaire. L'une de ces méthodes est d'auditer l'application d'un programme de contrôle de qualité, et dans ce but, le Concessionnaire devrait développer une procédure d'assurance de qualité en conformité avec les propositions soumises au moment de l'appel d'offres. Ces procédures peuvent être approuvées par l'Ingénieur Indépendant sur une base de non-objections. Il peut être prudent pour l'Autorité d'exiger que le Concessionnaire obtienne les services d'un Concepteur Indépendant pour surveiller ou réviser la conception ou la construction. Le Concepteur Indépendant est nommé par le Concessionnaire ou plus probablement par son entrepreneur en construction, et devrait avoir une réputation internationale et approuver tous les plans critiques pour les structures importantes. Pour d'autres conceptions, un régime d'approbations moins onéreux pourrait être développé. Le Concepteur Indépendant pourrait émettre des certificats confirmant que la conception et la construction ont été préparées ou exécutées en conformité avec les exigences de l'Accord, conformément au régime de plus haute importance, et les présenter à l'Ingénieur Indépendant avec les plans de conception pertinents. Ceci peut se faire par voie électronique si

l'Ingénieur Indépendant et l'Autorité ont un accès de lecture seule aux bases de données de dessin technique du Concessionnaire ou de l'entrepreneur.

Si le Concessionnaire doit fournir un équipement-clé, le(s) fournisseur(s) devrai(en)t être identifiés dans l'Accord, ou bien l'Accord devrait comporter une liste de fournisseurs potentiels acceptés, laissant au Concessionnaire le soin de négocier avec ces derniers le meilleur prix possible.

Un régime de tests durant la mise en œuvre des travaux, et de tests et de mise en service à l'achèvement devrait apparaître dans l'Accord. Le Concessionnaire devrait établir un calendrier d'achèvement spécifiant les tests, la séquence, et les dates. Ce calendrier devrait inclure des dispositions relatives aux périodes de notification des tests, de mise en œuvre de procédures de mise en service, de présence de l'Ingénieur Indépendant et de l'Autorité, et de protocole de nouveaux tests en cas d'échec des premiers. L'Autorité aurait avantage à incorporer une certaine tolérance pour permettre un ajustement financer si certains standards spécifiés ne sont pas atteints.

L'Accord devrait-il comprendre un droit de résilier le Contrat si un niveau central de standards n'est pas atteint ? Cela dépend de chaque Nouvelle Modernisation particulière, mais si un droit de résiliation est inclus, le Concessionnaire devrait avoir le temps raisonnable pour remédier à la défaillance, mais avec une date limite finale.

L'Ingénieur Indépendant et l'Autorité devraient avoir accès au site de fabrication et su site des Nouvelles Modernisations. Le Concessionnaire devrait être obligé d'assurer que les contrats avec ses entrepreneurs et entre ses entrepreneurs et leurs sous-traitants permettent ceci.

Pour de Nouvelles Modernisations à grande échelle, l'Autorité peut souhaiter de réviser le Contrat de Conception/Construction/IPC. Le but de cette révision est d'éviter des problèmes pouvant surgir en cas de disparité entre les dispositions de l'Accord et les passations de marché du Concessionnaire, mais n'est pas une opportunité pour l'Autorité d'interférer dans les relations entre le Concessionnaire et ses entrepreneurs. Normalement, s'il existe un financement du projet, les Bailleurs de fonds préfèrent que les travaux soient exécutés sous un contrat unifié de « conception-construction » pour éviter les risques d'un litige entre les entrepreneurs de conception et de construction engagés séparément, parce qu'autrement, ceci laisserait une responsabilité de risque résiduel au Concessionnaire.

S'il existe un droit d'accès par des tiers sur une infrastructure existante, l'Accord devrait inclure un mécanisme pour traiter les droits des Détenteurs d'Accès aux Voies, si la possession de portions des voies est nécessaire pendant la construction ou la mise en service ou les deux. Initialement, le trafic de fret ne sera probablement pas aussi contraint par des questions d'horaires que le trafic de passagers. Cependant, si l'utilisation des chemins de fer est favorisée, des arrangements de chaîne d'approvisionnement pour collecte et livraison juste-à-temps peuvent être développés. Ce régime devrait faire la différence entre les possessions programmées et les dépassements. Il est parfois plus efficace de permettre des possessions à long terme de toutes les voies dans une zone pertinente (blocus).

2.10 Rôle et Obligations de l'Autorité

Habituellement, avant la signature de l'Accord, le rôle de l'Autorité comprend les aspects suivants :

- Définir les exigences de résultats et toutes contraintes dans lesquelles ces résultats doivent être atteints ;
- Réviser et évaluer les propositions du Concessionnaire pour l'atteinte des résultats en termes d'approche, de méthodes, de ressources, de calendrier, de gestion et d'organisation, y compris les procédures d'exploitation et d'entretien, et
- Négocier et agréer tous les termes contractuels avec le Concessionnaire.

En conformité avec ces principes, l'Autorité ne devrait pas confirmer au Concessionnaire que ses propositions satisferont les exigences de service. Dans la pratique cependant, l'Autorité devrait être sûre, avant de signer l'Accord, qu'une fois qu'elles seront entièrement développées et mises en ouvre, les propositions du Concessionnaire pourront délivrer le service.

Le rôle de l'Autorité après la signature du contrat et avant le commencement du Terme peut inclure ce qui suit :

- Appointer l'Ingénieur Indépendant,
- Obtenir tout Changement dans les Consentements à l'Utilisation du Terrain,
- Assister dans l'obtention de licences temporaires et permanentes d'importation pour des matériaux et de l'équipement, et des permis d'immigration pour le personnel critique,
- Travailler avec le Concessionnaire pour identifier le personnel à transférer au Concessionnaire et traiter les questions relatives au personnel qui ne sera pas transféré,
- Transférer au Concessionnaire les droits nécessaires sur les Avoirs concessionnés dans leur entièreté et ponctuellement, et
- Là où approprié, souscrire un Accord entre créanciers mentionné dans la Section 2.11 et un Accord Direct avec le Concessionnaire et les Prêteurs Principaux.

Le rôle de l'Autorité après le commencement du Terme, et dans une certaine mesure avant, peut inclure ce qui suit :

- Régler tout paiement de service ou autre paiement à effectuer sous l'Accord de Concession, que ce soit de nature de capital ou de recettes, et permettre des ajustements pour inflation et, là où approprié, pour fluctuations de devises, conformément aux termes de l'Accord.
- Réviser et commenter tout changement (Variations) aux propositions de conception et de construction du Concessionnaire à mesure qu'elles sont

développées. Ceci ne devrait pas être confondu avec le rôle continu de l'Ingénieur Indépendant.

- Réviser et commenter sur les procédures d'exploitation, de renouvellement et d'entretien du Concessionnaire, dans la mesure où elles ne sont pas couvertes par les fonctions du Conseil de Sécurité des Chemins de Fer et de la Commission de Régulation des Transports,
- Assister aux, et observer les, tests de tout équipement étant développé,
- Administrer les processus agréés permettant au Concessionnaire ou à l'Autorité de proposer et de mettre en œuvre des changements dans les exigences de résultats, dans les contraintes aux intrants, ou dans les propositions du Concessionnaire, dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les fonctions du Conseil de Sécurité des Chemins de Fer et de la Commission de Régulation des Transports,
- Accéder à l'information de gestion pour assurer que le calendrier de délivrance est en bonne voie, et que les questions primordiales de sécurité sont abordées de manière satisfaisante, selon la portée de la participation de l'Autorité dans le schéma. Ceci peut comprendre l'accès au site et aux chantiers de fabrication, et les droits d'accès devraient aussi inclure l'Ingénieur Indépendant.

Les principes profilés dans cette Section (2.10) reflètent l'intention d'assurer un transfert du risque approprié pendant la période conduisant à la mise en service des Nouvelles Modernisations et au-delà.

2.11 Frais de Concession

Le Concessionnaire devrait-il effectuer un paiement de capital pour l'utilisation d'avoirs de concession en plus de l'obligation de fournir de Nouvelles Modernisations ? Cela dépendra de la robustesse de l'analyse de rentabilité, laquelle dépend à son tour de savoir si l'Autorité souhaite que les utilisateurs incluent dans les paiements au Concessionnaire une portion vers les bénéfices, et du rendement sur ce paiement de capital. Les soumissionnaires évalueront tous les risques et tout paiement anticipé de capital sera fixé en gardant ces risques à l'esprit. Là où le montant du paiement de capital fait partie de leur soumission au lieu d'être fixé par le secteur public, il est probable que les soumissionnaires seront plus conservateurs en ce qui concerne tout paiement anticipé.

Si un paiement de capital doit être effectué, il pourrait être réglé immédiatement avant le démarrage du Terme, en versements ou bien en partie à travers un paiement de capital et en partie à travers une dette auprès de l'Autorité, subordonnée à la dette principale auprès des Bailleurs de fonds, mais avec un rang supérieur de capital. Cela ne signifie pas que les actionnaires du Concessionnaire ne recevront aucun rendement jusqu'à ce que la dette soit payée, mais si la concession se trouve en difficulté, la dette subordonnée aura priorité sur les actionnaires. L'analyse de rentabilité devrait donc être solide avant que les actionnaires n'acceptent un plus grand risque pour leur investissement.

Si une dette subordonnée est utilisée, ceci devrait être reflété dans des documents d'emprunt séparés comportant une forme d'accord inter-créanciers entre le gouvernement et les Prêteurs Principaux.

En plus de ou au lieu d'un paiement de montants de capital, le Concessionnaire peut avoir à payer un montant annuel fixé en référence au chiffre d'affaires ou un autre montant, peut-être fondé sur l'idée qu'après avoir atteint une cible annuelle de chiffre d'affaires, tout surplus devrait être partagé. Les questions à considérer sont de savoir si la cible est fixée avant ou après la prise en compte de l'inflation, et si toute règle de régulation se trouverait en conflit avec cette approche.

Si une location est nécessaire, le paiement doit être effectué sous la location. Il est cependant préférable que toutes les dispositions d'exploitation de l'accord entre le Concessionnaire et l'Autorité apparaissent au même endroit, et laissent le document de location sous une forme simple.

2.12 Cautionnements

Le Concessionnaire ajoutera le coût de tout cautionnement à ses coûts totaux, qu'il cherchera ensuite à recouvrer auprès des usagers et, le cas échéant, d'un paiement fait par l'Autorité. De plus, les obligations ne devraient être utilisées que si un solide rapport coût/bénéfice peut être établi. Dans la plupart des cas, si le Concessionnaire fait faillite, un coût immédiat s'ensuit pour l'Autorité, et il est donc recommandé que toutes les obligations émises soient remboursables sur demande.

Les différents types de procédures de passation de marchés sont couverts au Chapitre 13. Il convient de garder à l'esprit que l'utilisation de cautionnement de soumission dans le contrat d'une soumission négociée n'est pas sans difficultés. Le cautionnement renforce simplement l'engagement du soumissionnaire à souscrire un contrat basé sur cette soumission. S'il n'y a pas de négociations, la soumission originale sera remplacée par des négociations ultérieures, et il peut donc être argumenté que le cautionnement n'est plus applicable. Une autre option serait de négocier avec plus d'un soumissionnaire en leur demandant de soumettre leur « meilleure offre finale », chacune d'entre elles étant renforcée par un cautionnement de soumission. Une autre option encore est de tenir des discussions au stade de pré-qualification ou de pré-soumission, et de demander des offres avec cautionnement de soumission, la soumission gagnante étant contresignée par l'Autorité et ainsi transformée en l'Accord. Quelle que soit l'option sélectionnée, le cautionnement de soumission devrait être élargi pour couvrir l'exécution des Conditions Suspensives afin que l'Accord puisse entrer en vigueur.

Comme il a déjà été indiqué, un cautionnement d'exécution de la même durée que le Terme ne sera probablement pas coût-efficace. Les frais considérables que le soumissionnaire a encourus pour arriver à ce stade créent une incitation à continuer. Cependant, il peut être prudent d'inclure un cautionnement d'exécution (spécifié par une durée, ou un niveau de dépenses. L'investissement des actionnaires, par exemple dans les Nouvelles Modernisations, joint aux prêts des Bailleurs de fonds, met en jeu le capital risque réel, dont tout ou partie des bénéfices seront accrus à l'Autorité, bien que ces bénéfices seront moindres s'il y a plein remboursement aux Bailleurs de fond quel que soit le motif de la résiliation. Un montant considérable est

en jeu, et par conséquent la disposition de cautionnement d'exécution devrait non seulement stipuler une institution financière avec une notation de crédit élevée, en spécifiant l'agence et la notation, mais aussi permettre que le cautionnement d'exécution soit retourné à l'émetteur à un moment spécifié par une durée, ou un niveau de dépenses.

L'intervalle juste avant l'expiration du Terme est la prochaine période pendant laquelle l'Autorité est le plus exposée au risque. Habituellement, il sera exigé qu'à l'expiration du Terme, les avoirs soient d'un standard à la hauteur de l'exploitation des chemins de fer (voir Procédures de Retour des Avoirs), et à un moment adéquat avant l'expiration, ces Avoirs Concessionnés devraient être soumis à inspection. Dans la mesure où il est nécessaire de travailler pour atteindre ce standard, le Concessionnaire devrait déposer les dividendes et autres paiements dans un compte de garantie bloqué suffisant pour assumer les frais nécessaires. Il pourrait aussi obtenir un cautionnement émis par un émetteur d'obligations (de la même force financière que pour l'émetteur du cautionnement d'exécution). Le compte de garantie bloqué ou le cautionnement devraient exister jusqu'à l'achèvement du travail requis et l'inspection finale, qui devrait normalement avoir lieu après que le Retour des Avoirs ait été exécuté de manière satisfaisante.

2.13 Obligations du Concessionnaire

Dans une mesure économiquement et commercialement viable les droits et les obligations du Concessionnaire conformément à l'Accord devraient être aux dépens et risques du Concessionnaire, sans recours au crédit ou aux garanties de l'Autorité. Si celle-ci prévoit un soutien financier, que ce soit réel ou éventuel, la base devrait en être spécifiée dans l'Accord.

Sauf dispositions contraires dans l'Accord (pour des exemples, voir la Section 2.20 Conservation des Avoirs Concessionnés), il peut être utile pour le Concessionnaire d'avoir une autorité sans restrictions pour négocier les termes et conditions de tous les contrats nécessaires avec tous les fournisseurs, les fournisseurs de services commerciaux et les usagers eu égard à la concession et à ses obligations dans l'Accord. Si un soutien financier par l'Autorité est impliqué, les règlements et procédures de passation de marchés du Concessionnaire et la portée de leur application devraient être agréés à l'avance entre l'Autorité et le Concessionnaire.

Dans une mesure viable dans les circonstances du schéma, le Concessionnaire devrait accepter de trouver le capital nécessaire pour compléter les Nouvelles Modernisations selon les termes et conditions de l'Accord. Dans le cas où il serait tenté d'obtenir des prêts et des crédits fondés sur des garanties par l'Autorité, ou sur leur rétrocession aux Bailleurs de fonds, une plus grande partie des risques du schéma retomberait sur l'Autorité, réellement ou éventuellement. En termes économiques, ceci peut signifier que l'Autorité assumera certains risques de construction et d'exploitation à travers les paiements des Bailleurs de fonds, sans que l'Autorité reçoive aucun montant compensatoire d'aucune autre source, en particulier lorsque les installations ne fonctionnent pas correctement. L'Autorité devrait éviter dans la plus grande mesure du possible de devenir un participant direct dans tout engagement financier avec les Bailleurs de fonds, sauf dans l'accord inter-créditeurs passé entre les divers Bailleurs de fond et l'Autorité, là où celle-ci a accepté

un arrangement de dette subordonnée, ou tout Accord Direct. Les Bailleurs de fond devraient pouvoir soutenir le schéma, et être encouragés dans ce sens, dans le cas où le Concessionnaire aurait des difficultés à remplir ses obligations sous l'Accord de Concession ou dans les Accords de Financement, ou les deux. A condition qu'aucun Accord Direct n'impose à l'Autorité des responsabilités plus grandes que celles de l'Accord de Concession, il est dans l'intérêt du pays hôte de permettre aux Bailleurs de fonds de prendre contrôle du schéma et au Concessionnaire de sauver le schéma. La manière dont les Bailleurs de fonds peuvent affecter le sauvetage du schéma dépend de la loi et des coutumes sur l'insolvabilité du pays hôte, ce qui sera reflété dans l'‘Accord Direct.

Il devrait être permis au Concessionnaire de fournir certains avoirs en garantie aux Bailleurs de fonds. La portée de cette possible garantie reflètera dans une certaine mesure les droits de concession octroyés.

En plus des Nouvelles Modernisations, le Concessionnaire devrait assurer que l'infrastructure sous les Rails et autre soit renouvelée et entretenue au niveau permettant une capacité suffisante pour traiter l'offre de trafic potentiel de fret et autre. Avec ceci à l'esprit, il est probable que la demande potentielle devrait être révisée périodiquement, et les résultats de cette révision mis en œuvre.

Comme indiqué plus haut, une liste complète des avoirs est peu probable et un registre de l'état des avoirs encore moins, si le Concessionnaire exécute les Nouvelles Modernisations ou le renouvellement ou les deux. Il serait donc avantageux de préparer un registre de l'état des avoirs et ensuite de le maintenir. La portée de ce registre dépendrait d'une analyse coût/bénéfice effectuée pendant l'étude sur les réformes. Puisqu'il est probable que le registre serait maintenu dans un format électronique, l'Autorité devrait avoir un accès de lecture seule à cette base de données.

Au minimum, le Concessionnaire devrait négocier de bonne foi et avec l'intention d'agréer avec l'Autorité les termes et conditions des Futures Modernisations de toute ligne, dans le cas où l'Infrastructure sous les Rails et autre contraindrait les augmentations planifiées de demande obtenues à travers la révision de celle-ci, afin de gérer le trafic de fret supplémentaire et les standards techniques. L'Accord devrait aborder l'établissement de fonds internes pour financer les Futures Modernisations, si cette question n'est pas incluse dans les arrangements entre le Concessionnaire et le Conseil sur la Concurrence dans les Transport.

Par nécessité, la régulation contractuelle dans l'Accord doit gouverner les affaires réglementaires, et demandera une ou plusieurs annexes. Si la régulation existe dans la législation, le Conseil sur la Concurrence dans les Transports (décrit dans l'Introduction) aura à jouer un rôle important de régulateur pour permettre un ajustement de la tarification et des frais d'accès aux voies en cas de difficulté quant à savoir si les Futures Modernisations seront commercialement viables, par opposition à économiquement viables. L'Autorité pourra avoir besoin de fournir une subvention en capital ou d'autres fonds pour couvrir tout ou partie du coût des Futures Modernisations.

La loi du pays hôte déterminera s'il convient d'inclure une disposition obligeant le Concessionnaire à remplir ses obligations conformément à la loi, y compris la loi sur la sécurité. Si le non-respect de la loi par le Concessionnaire peut occasionner des pertes à l'Autorité, il peut alors être indiqué d'obliger le Concessionnaire à respecter la loi, autrement d'autres organes d'application gouvernementaux pertinents seraient responsables de faire appliquer la loi si le Concessionnaire était en infraction. Néanmoins l'Accord devrait comprendre une disposition exigeant que le Concessionnaire fonctionne conformément aux Bonnes Pratiques de l'Industrie, qui peuvent être définies ainsi : « *eu égard à toute entreprise, dans toutes circonstances, l'exercice du degré de soin, de prévoyance, de prudence et de qualification qui seraient raisonnablement et ordinairement attendues d'une personne compétente, qualifiée et d'expérience dans le même type d'entreprise dans des circonstances identiques ou similaires* ».

La question du trafic de passagers ferroviaires dépend de la structure choisie. Si le Concessionnaire doit fournir les services d'infrastructure, une option pour le Concessionnaire peut être de fournir l'infrastructure à un niveau adéquat pour le trafic de passagers. Ceci pourrait être couvert dans un contrat séparé de services, en particulier là où, dans l'Accord, le potentiel existe pour l'Autorité d'avoir le pouvoir d'ôter, sur simple notification, une partie de l'Infrastructure Sous les Rails de la catégorie des Avoirs Concessionnés et de la placer avec un autre fournisseur de services si les parties n'arrivaient pas à un accord sur des changements dans la structure de tarification ou sur la portée des services. Si l'Autorité souhaite incorporer les services de transport de passagers dans l'Accord, elle devra inclure des dispositions relatives aux questions telles que prix des titres de transport et niveaux de service, arrêts en gare/autres, et plaintes et réclamations des passagers.

Le niveau de détail de la législation pour l'accès par des tiers et les régimes de tarification dépendra du degré d'exhaustivité de la législation du pays hôte – moins de détail il y a dans la législation, et plus il en faut dans l'Accord. Des questions similaires sont relatives aux demandes d'accès des Demandeurs d'Accès aux Voies, et à celles des Détenteurs d'Accès aux voies pour augmenter leur accès. Et des questions analogues se posent au sujet des régimes pour le manquement à donner accès, le manquement à donner accès à des sillons horaires acceptés, les retards dans le temps de voyage, etc.

Le risque d'une décision arbitraire du régulateur sera une préoccupation particulière pour le Concessionnaire là où, dans les cas concernant les termes d'accès, il pourrait y avoir une augmentation dans les coûts du Concessionnaire, ou dans les tarifs, ou dans les deux, ce qui pourrait réduire ses revenus. Ces questions, qui concernent à la fois le Concessionnaire et les Bailleurs de fonds, pourraient être abordées sous « Cas d'Indemnités ». Bien qu'arriver à l'équilibre soit difficile, le rôle du régulateur est d'assurer que les revenus du Concessionnaire sont suffisants pour remplir ses obligations, mais sans toutefois permettre des indemnités en cas de pauvres décisions de gestion du Concessionnaire.

L'accès devrait-il être donné à des infrastructures autres que les voies ? Par exemple, aux dépôts de fret ou d'entretien ? Les exploitants de trains de passagers devraient-ils donner accès aux gares ? De même que pour les situations discutées

précédemment, le niveau de détail nécessaire dans l'Accord dépend du degré d'exhaustivité de la loi du pays hôte.

Une autre question est celle de l'accès par des tiers internationaux. Ceci n'affecte pas les systèmes « isolés » sans liaisons transfrontalières ni plans pour en établir à court ou moyen terme. Si le trafic ferroviaire transfrontalier est probable, incorporer des obligations dans le contrat du Concessionnaire pour permettre ce trafic devrait être considéré. Même si le pays hôte n'est pas signataire de la COTIF, les dispositions de celle-ci pourraient constituer une comparaison utile pour indiquer les considérations potentielles de soumissionnaires, jusqu'à ce que les détails des arrangements entre le pays hôte et ses voisins émergent.

Le Concessionnaire devrait aussi satisfaire les exigences de sécurité, ce qui représente une autre opportunité d'examiner la législation exhaustive du pays hôte à cet égard, Si le Concessionnaire doit approuver des arrangements de sécurité, comme par exemple le dossier de sécurité des Détenteurs ou des Demandeurs d'Accès aux voies, l'Accord devrait couvrir ces processus dans la mesure où ils ne le sont pas dans la législation du pays hôte.

Un plan de reprise après sinistre devrait être lié aux questions de sécurité, et accepté par l'Autorité et le Concessionnaire. Il devrait établir les rapports hiérarchiques de communication (voir aussi la Section 2.23) et fournir des dispositions de changements, fondées sur les expériences émergentes d'incidents ou d'accidents, devant être agréées ou autrement abordées.

2.14 Assurances

Le Concessionnaire devrait prendre les assurances normalement acquises par toute société prudente. Certaines assurances peuvent être requises par la loi, comme par exemple celles contre les accidents du travail, mais du point de vue de l'Autorité, d'autres assurances sont plus importantes, en particulier si les avoirs restent ou sont dévolus à l'état pendant le Terme, y compris :

- Les assurances tous-risques de l'entrepreneur pendant la construction. Une couverture des équipements et matériels pendant les opérations de fret devrait être considérée, en particulier si l'état avance le capital pour payer certaines des Nouvelles Modernisations ;
- Une assurance sur l'Infrastructure Sous les Rails et autres ;
- Une couverture de responsabilité civile, et
- Une couverture de perte d'exploitation pour compenser les pertes de revenus pouvant être causées par un danger assuré. Une couverture similaire devrait être prise pour les pertes pouvant se produire en conséquence de retard dans l'achèvement des Nouvelles Modernisations. Il n'est pas inhabituel que le secteur privé prenne cette couverture, sous une obligation spécifique dans les accords du type concession, parce qu'elle ajoute à la robustesse de la structure étant créée.

La durée et le montant des couvertures spécifiques devraient être déclarés, et l'Autorité devrait être un assuré désigné.

Le Concessionnaire devrait fournir une lettre de l'agent d'assurances pour confirmer qu'il notifiera l'Autorité si, avant le renouvellement, il existe une indication que la couverture ne sera pas renouvelée ou que les conditions de renouvellement seront onéreuses.

Les Certificats d'Assurance actuels devraient être produits à l'autorité, et si le Concessionnaire ne prend pas les assurances critiques, l'Autorité devrait pouvoir prendre l'assurance et en recouvrer les primes auprès du Concessionnaire.

Si la couverture d'assurance n'est pas disponible sur le marché ou n'est disponible qu'avec une prime commerciale (à moins que ceci ne soit dû aux actes ou à la négligence du Concessionnaire), l'Autorité devrait pouvoir, au moment de la non-disponibilité, permettre que la concession continue ou bien la résilier comme si la non-disponibilité était un Cas de Force Majeure. Si l'Autorité désire que l'Accord continue, alors l'autorité elle-même devrait effectivement assumer le risque aussi longtemps que la couverture sera indisponible. Pour l'Autorité, la question principale est d'évaluer le niveau de risque encouru si elle permet la circonstance de non-couverture. Il existe le risque commun de plaintes par des tiers en cas de responsabilité civile sans couverture d'assurance – l'Autorité sera perçue comme ayant plus de ressources que le Concessionnaire. Il existe un risque pour l'économie s'il se produit un dommage majeur à la propriété et si le Concessionnaire n'a pas les moyens de réparer ce dommage, retardant de ce fait le transport de fret, et peut-être même le transport de passagers.

Pour protéger l'Autorité, il est recommandé d'établir une obligation d'inclure dans la police d'assurance une clause de responsabilité croisée telle que l'assurance s'appliquant à l'Autorité même dans le cas d'une erreur matérielle commise par le Concessionnaire dans la sollicitude de couverture d'assurance. Il devrait y avoir des dispenses de droits de subrogation contre l'Autorité, de manière à réduire la probabilité d'une déclaration de sinistre contre l'Autorité là où elle est l'assuré désigné.

Pour éviter que le Concessionnaire puisse prendre l'argent et quitter le schéma, il devrait être obligé de ne pouvoir solliciter ou chercher à solliciter le produit de toute déclaration de sinistre que selon une manière spécifiée dans l'Accord.

2.15 Responsabilité civile et Indemnités

Le Concessionnaire devait assumer toute responsabilité eu égard à l'Autorité en ce qui concerne l'exploitation sous la concession, autre que les pertes ou dommages causés par l'Autorité ou ceux pour qui elle est responsable, dans la mesure où elle est responsable.

En cas de dommages à des tiers, ce qui peut inclure les passagers ou leur propriété, le Concessionnaire devrait indemniser l'Autorité contre les déclarations de sinistres de ces tiers, autres que et dans la mesure où, les pertes ou les dommages sont causés par l'Autorité ou ceux dont elle est responsable. L'Accord devrait aussi spécifier

comment les processus juridiques et autres provoqués par ces déclarations de sinistre devraient être gérées.

Conditions environnementales et autres

Le Concessionnaire n'est pas responsable de tout évènement ou condition antérieurs à l'octroi de la concession. Il est donc raisonnable que l'état reste responsable pour tout déchet dangereux préexistant et, si leur enlèvement est requis par la loi, l'Autorité devrait supporter les coûts des mesures correctives. Tout impact environnemental suivant devrait être aux risques du Concessionnaire. Bien qu'il soit improbable qu'une enquête totale du site ait été effectuée, il est hautement désirable d'exécuter un audit environnemental *avant* la réception des soumissions pour créer une entente raisonnable entre les parties quant aux conditions environnementales à attendre. S'il existe un passé de pollution, il peut être utile d'appointer avant l'octroi de la concession un expert environnemental qui s'occupera de tout litige pouvant surgir durant les premières années de la concession.

La loi du pays hôte devrait exclure les plaintes de tiers sur le bruit et les vibrations habituelles provenant de l'utilisation du chemin de fer en conformité avec les Bonnes Pratiques de l'Industrie. Le Concessionnaire devrait rester responsable pour un bruit ou des vibrations *excessifs,* c'est-à-dire si les Bonnes Pratiques de l'industrie n'étaient pas appliquées et si la cause du problème était l'entretien inadéquat de l'Infrastructure Sous les Rails et/ou de l'équipement (en prévoyant que, tôt dans le Terme, le Concessionnaire aura besoin de temps pour mettre l'infrastructure et l'équipement en bon état de marche).

Si la loi du pays hôte ne couvre pas les découvertes fortuites d'antiquités, la concession devrait établir des règles les gouvernant. Si la loi permet que les découvertes fortuites deviennent la propriété du découvreur, l'Accord devrait disposer que les découvertes fortuites appartiennent à l'Autorité et devraient être gérées par l'Autorité ou selon ses instructions. L'impact de la découverte peut être traité soit comme Cas de Force Majeure soit comme Cas d'Indemnités (voir Section Pertinente plus haut), bien que des objets de grande taille puissent demander du temps pour permettre aux experts les excavations et recherches pertinentes.

La question des vices cachés est liée à celle de l'état du site. Dans une certaine mesure, ceci est lié à la portée de l'entretien et des renouvellements envisagés sous la concession, et à leur calendrier de mise en œuvre. La question principale sera celle des structures critiques. Si des travaux majeurs ne sont pas envisagés pour les ponts, tunnels et immeubles identifiés, il peut être argumenté que l'Autorité a accepté ceci. Ainsi, s'il apparait plus tard que des travaux majeurs sont nécessaires, leur coût raisonnable devrait être supporté par l'Autorité. Cependant, d'il est envisagé que des travaux majeurs doivent être exécutés à une date future, ceci peut être un problème de calendrier ; ainsi, si le Concessionnaire n'a pas eu le temps suffisant pour générer des fonds d'amortissement, mais s'est par ailleurs comporté prudemment, l'Autorité peut considérer d'avancer des fonds sur une base de subordination, pour combler la brèche entre les dépenses réelles et la date des dépenses prévue au moment où l'Accord a été exécuté.

2.16 Evènements Intervenants

Certains incidents affectent la capacité de l'une des parties de l'Accord à remplir ses obligations ou à recevoir des bénéfices dans l'Accord. Il existe plusieurs manières d'identifier et de spécifier les conséquences des Cas d'Intervention. Ce Guide comprend les Cas d'Indemnités, les Cas de Force Majeure, et les Cas de Force Politique Majeure.

Cas d'indemnisation

Les cas d'Indemnisation sont conçus pour compenser des incidents se produisant au risque de l'Autorité, et résultant en une perte de revenus ou une augmentation des coûts pour le Concessionnaire. Il est plus approprié de traiter de tels cas avec des méthodes d'indemnisation qu'à travers une Défaillance de l'Autorité. En toutes circonstances, la résiliation ne devrait être que le tout dernier recours bien que l'Autorité puisse choisir d'exercer ses droits volontaires de résiliation si un évènement rendait la relation contractuelle des parties intenable.

Des exemples sont :

- Manquement de l'Autorité à une obligation, y compris tout manquement occasionné par des tiers dont l'Autorité est responsable,
- Changements dans l'Autorité ou dans certaines Futures Modernisations, et
- Changements discriminatoires ou spécifiques dans la loi.

L'Autorité devrait supporter les effets de certains Changements dans la Loi et il peut, après soigneuse considération de certains schémas, être approprié d'ajouter d'autres évènements spécifiques (ou spécifiques aux chemins de fer).

L'Autorité peut se trouver face à une demande du Concessionnaire ou des Bailleurs de fonds de considérer des rubriques supplémentaires comme Cas d'Indemnisation. Si l'obligation est d'effecteur le paiement à une date déterminée, l'indemnisation additionnelle n'est pas exigée, parce que le non-paiement est traité dans des dispositions concernant les intérêts pour retard de paiement.

Si un cas d'indemnisation surgit au cours de l'exécution de Nouvelles Modernisations, la date prévue d'achèvement devra être reportée, habituellement de la longueur du retard causé (toute date d'arrêt prolongé sera de même repoussée). Si les revenus ou les augmentations de revenus ne commencent qu'une fois la construction achevée, la conséquence pratique est que la date de début du flux de rentrée du Concessionnaire ou la date de début de l'augmentation du flux de rentrée est aussi retardée, et que des coûts supplémentaires sont encourus. De ce fait, le Concessionnaire peut souffrir des frais supplémentaires considérables dus à des frais financiers et des coûts additionnels.

Il doit donc être décidé avant la signature du contrat comment indemniser le Concessionnaire pour tout retard dans l'achèvement des Nouvelles Modernisations étant le résultat direct d'un Cas d'Indemnisation. Une option est de retenir la Date d'Expiration originale du Terme et d'indemniser le Concessionnaire pour sa perte. Le Concessionnaire peut décider, comme alternative, d'accepter de rallonger le Terme.

Si l'Accord contient des dispositions de dommages-intérêts prédéterminés, la responsabilité du Concessionnaire pour les dommages-intérêts prédéterminés exigera aussi un allègement pour la durée du retard causé par le Cas d'Indemnisation. Par ailleurs, la clause de dommages-intérêt risque d'échouer complètement, s'il y a eu un manquement par l'Autorité. Le Concessionnaire devrait alors être soulagé de toute autre responsabilité pour les pertes de l'Autorité eu égard au Cas d'indemnisation. Cet allègement devrait être pris en compte au moment de déterminer les conséquences pour l'Autorité d'un Cas d'Indemnisation. Les principaux avantages de ne pas étendre le Terme sont premièrement la simplicité, et deuxièmement que les Bailleurs de fonds préfèrent cette option parce qu'elle préserve le taux de couverture de la durée de vie des emprunts de dette principale et le rendement sur les fonds propres. De plus, cette approche offre à l'Autorité une meilleure incitation à gérer ses droits et obligations pendant la phase de construction de manière à éviter les retards.

Le concessionnaire devrait être obligé de faire des efforts raisonnables pour minimiser les pertes et les coûts, par exemple en reprogrammant le calendrier de travaux ou en redéployant le personnel, ce qui, dans le cas des Nouvelles Modernisations, peut éviter des retards dans la date d'achèvement, bien que la minimisation puisse causer des coûts extras.

Une manière commune de traiter les Cas d'indemnisation est de s'appuyer sur le Modèle Financier préparé au moment de l'appel d'offres. En utilisant ce modèle, les parties peuvent calculer comment et quand l'indemnisation devrait être payée. Typiquement, ceci exigerait que l'Autorité accepte que le taux de couverture de la durée de vie des emprunts de dette principale et le rendement sur les fonds propres doivent demeurer inchangés. Cependant, si des changements se sont produits dans les hypothèses utilisées dans la préparation du Modèle Financier entre la date d'exécution de l'Accord et les circonstances donnant lieu à la déclaration de sinistre, l'utilisation de ce mécanisme pourrait risquer de sur-indemniser ou de sous-indemniser le Concessionnaire. Parfois, des changements dans les facteurs peuvent être incorporés dans le Modèle Financier. Néanmoins, l'Accord devrait être rédigé de telle manière que les Cas d'Indemnisations n'exigent qu'une approche aussi simple que possible et que leur seul souci soit d'assurer une indemnisation juste pour un nombre limité de cas, ce qui peut être calculé de manière assez simple.

Cas de force majeure

Les Cas de Force Majeure sont des incidents empêchant le Concessionnaire de remplir ses obligations à n'importe quel moment, auquel cas il supporte les risques financiers en termes de coûts augmentés et de revenus réduits, mais il est soulagé de la résiliation pour manquement à remplir ses obligations dans l'Accord dans la mesure où le Cas de Force Majeure a causé ce manquement. Les exemples énumérés ci-dessous peuvent être en dehors du contrôle du Concessionnaire. Cependant, le fait d'être hors du contrôle du Concessionnaire n'est pas en soi une mesure appropriée pour savoir si un cas devrait être inclus dans la liste à incorporer dans l'Accord. De nombreux cas « en dehors du contrôle du Concessionnaire » au moment où ils se produisent pourraient en fait avoir été prévenus par des précautions adéquates (par exemple, incendie). Ainsi, la question est réellement de savoir si le risque

d'évènements spécifiques se produisant, ou les conséquences de ces évènements, devraient être supportés par le Concessionnaire puisqu'il est en meilleure position que l'Autorité pour en minimiser et en gérer les conséquences à travers la gestion et la planification du risque, lesquelles devront aussi prendre en compte la couverture d'assurance et la capacité de travailler à contourner l'évènement ou ses conséquences.

Les Cas de Force Majeures peuvent inclure :

- Incendies, explosions, éclairs, orages, tempêtes, inondations, explosion ou débordement de citernes, appareils ou canalisations, radiations ionisantes (dans la mesure où elles ne constituent pas un Cas de Force Majeure), tremblements de terre, émeutes et désordres civils,
- Manquement par toute entreprise de services publics, autorité locale ou régionale, ou autres organes similaires à exécuter les travaux ou à fournir les services,
- Toute perte ou tout dommage accidentel aux Avoirs Concessionnés,
- Toute coupure ou pénurie de courant, carburant ou transport,
- Tout blocus ou embargo ne constituant pas un Cas de Force Majeure Politique, et
- Toute interruption du travail, y compris
    - Grève officielle ou non officielle,
    - Lockout (contre-grève)
    - Ralentissement de la production (grève perlée), ou
    - Autres litiges.

Cependant, l'Accord devrait spécifier que la « Force Majeure » ne devrait pas s'étendre aux évènements découlant directement ou indirectement du résultat de tout manquement ou de toute action du Concessionnaire, de ses entrepreneurs et de leurs sous-traitants.

Il n'est pas inhabituel que le Concessionnaire supporte les effets financiers des retards causés par les Cas de Force Majeure, de sorte que l'Autorité n'indemniserait pas de tels retards. Si un Case de Force Majeure se produit avant la date d'achèvement des Nouvelles Modernisations, toute date de résiliation pour arrêt prolongé sera reportée pour une durée équivalente à celle du retard en question causé par le Cas de Force Majeure. Dans la plupart des cas, l'allègement offert sera limité à la dispense de résiliation et au paiement d'indemnités à l'Autorité pour le retard, selon les dispositions de l'Accord.

Typiquement, il ne devrait pas y avoir d'extension du Terme due à un Cas de Force Majeure. Pour le Concessionnaire cependant, les conséquences sont qu'il doit supporter toutes les pertes qui se produisent, sans recours à d'autres, sauf si et dans la mesure où il peut les recouvrer grâce à l'assurance, ce qui peut augmenter ses pertes parce que ses primes d'assurance augmenteront probablement dans les années suivantes.

L'Accord devrait stipuler que lorsqu'un Cas de Force Majeure s'est produit, et que l'Autorité en a été informée, les parties devraient se consulter et discuter des

questions pertinentes, telles que la durée probable du Cas de Force Majeure, et des mesures à prendre pour en minimiser les effets.

Dans certains pays, les tribunaux peuvent intervenir et changer les dispositions du contrat pour ajuster l'équilibre économique, soit parce que le Concessionnaire fait face à une obligation de service public, ou pour réaligner la position du Concessionnaire avec ce qu'elle aurait été sans le Cas de Force Majeure. Ainsi, dans les pays où l'Accord cherche à attribuer le risque en Cas de Force Majeure, les tribunaux peuvent passer outre les dispositions de l'Accord.

Cas de Force Majeure Politique

Les dispositions de Cas de Force Majeure Politique visent à protéger le Concessionnaire de l'évènement, sur la base du fait que ledit cas est hors de son contrôle et, si sa durée excède une période spécifiée, à donner aux parties l'opportunité de résilier le Terme, l'Accord, ou les deux. Les cas de Force Majeure Politique peuvent inclure :

- Guerre, guerre civile, conflit armé, ou terrorisme, ou
- Pollution nucléaire, chimique ou biologique, sauf si la source ou la cause de la pollution est le résultat des actions du Concessionnaire, ou
- Des vagues de pression causées par des appareils voyageant à des vitesses supersoniques.

En cas de Force Majeure Politique, un allègement ne serait normalement appliqué que dans la mesure où le Concessionnaire ou l'Autorité ne peuvent pas remplir tout ou une partie matérielle de leurs obligations dans l'Accord, et les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord dans un nombre de mois spécifié sur la manière de redémarrer intégralement les schémas.

L'Autorité ne devrait pas être automatiquement obligée de payer au Concessionnaire quelque montant que ce soit afin de servir en tout ou en partie les obligations d'emprunt du Concessionnaire. Les parties devraient reconnaître que le Concessionnaire demandera probablement un soutien financier, étant donné qu'il n'existera probablement pas de couverture d'assurance pour couvrir ces risques. L'Autorité peut souhaiter garder à l'esprit que dans le cas de Résiliation, elle devrait payer au minimum la Dette Principale En-cours, ce qui aurait pour conséquence la perte de toute dette subordonnée en-cours auprès de l'Autorité. Ainsi, les deux parties sont bénéficiées si le schéma intégral peut être redémarré à travers un soutien financier temporaire par l'Autorité.

Si un cas de Force Majeure Politique se produisait, les deux parties devraient se consulter pour chercher des moyens de continuer la concession, par exemple, en tombant d'accord sur la manière de restaurer les avoirs, s'ils venaient à être détruits, même si aucune des deux parties n'est obligée à cela. La solution dépendra de la nature de l'évènement et de ses effets, et peut impliquer de modifier les obligations du Concessionnaire, d'ajuster ou de créer des mécanismes de paiement, ou d'étendre le Terme.

Comme déjà indiqué dans la Section 2.14 ci-dessus, le Concessionnaire peut être obligé de prendre une assurance contre les Cas de Force Majeure, pour des pertes de profits ou d'exploitation anticipées dues à ces derniers, de manière à remplacer le flux de rentrées des Bailleurs de fonds et d'autres tant que ce flux, dans le schéma ou en vertu du schéma, est interrompu. Ces assurances n'entreront pas en vigueur jusqu'à ce qu'un nombre stipulé de jours soit passé, de sorte que si un tel Cas se produisait, il pourrait quand même impliquer des pertes non recouvrables pour le Concessionnaire. De plus, la couverture de perte d'exploitation ne s'étendra pas à tous les Cas de Force Majeure, et elle est habituellement parasitique en ce qu'elle exige des dommages physiques aux Avoirs Concessionnés.

Une alternative est de catégoriser les Evènements Intervenants comme « Assurables » ou « Non Assurables », une approche qui fait l'objet d'arguments à son encontre. Le premier facteur pour répartir les risques est de décider quelle partie est la mieux placée pour gérer le risque et ses conséquences et, s'agissant de Cas de Force Majeure, cette partie est clairement le Concessionnaire. C'est donc lui qui doit décider comment gérer le risque d'un Cas de Force Majeure et de ses conséquences. Le problème avec cet argument surgit lorsque les Cas de Force Majeure sont considérés en-dehors d'une économie de l'OCDE. Dans les pays où un risque (autre que les actions ou la négligence du Concessionnaire) est non assurable par le marché à des taux commercialement viables, l'Autorité peut avoir à accepter un certain risque financier dû à un évènement non assurable s'étant produit par la faute du Concessionnaire ou de ses entrepreneurs ou de leurs sous-traitants, en particulier là où le service exigé par la concession remplit une obligation de service public et où l'économie du pays hôte serait négativement affectée si ces services cessaient d'être disponibles complètement ou en partie substantielle.

2.17 Changement dans les Impôts pertinents

Il est raisonnable que l'Autorité reconnaisse que la concession et les résultats du Concessionnaire dans l'exécution de ses obligations sont fondés sur des hypothèses concernant l'application et les taux des Impôts Pertinents supportés par le Concessionnaire.

Si, après la date d'exécution de l'Accord et du fait de toute application des Impôts Pertinents (déterminés par rapport au régime fiscal du pays hôte), le Concessionnaire se trouvait obligé à payer, ou commençait à supporter indirectement, tout Impôt Pertinent qui n'existait pas ou ne lui état pas applicable avant la date de l'Accord, ou s'il devait encourir toute augmentation de ses coûts parce que le taux d'Impôts Pertinents qu'il devrait payer ou supporter indirectement a augmenté par la suite, et s'il n'arrive pas à obtenir un ajustement compensatoire de tout tarif fixé par le Conseil de Régulation des Transports, alors le Concessionnaire devrait fournir à l'Autorité tous les détails de tout Changement dans les Impôts Pertinents dès que possible après en avoir été informé, y compris le montant et la date de paiement.

La manière de traiter le Changement dans les Impôts Pertinents dépendra des lois fiscales du pays. Le Concessionnaire pourrait bénéficier d'une exemption extrastatutaire, à condition qu'elle soit juridiquement contraignante pour les

autorités fiscales. Autrement, l'Autorité devrait assurer que le Concessionnaire reste exempté, y compris au moyen de paiements compensatoires.

Dans certains cas, ce type de dispositions exige que l'effet d'un Changement dans les Impôts Pertinents atteigne un seuil financier particulier pour que le régime compensatoire s'active. Dans d'autres cas, les dispositions de l'Accord permettront une réduction des impôts au bénéfice de l'Autorité.

2.18 Changement dans les Circonstances

Pour les besoins de ce Guide, un Changement dans les Circonstances est défini comme un changement significatif dans les hypothèses et les conditions sur lesquelles les parties ont fondé leur décision de souscrire à l'Accord, à savoir des circonstances imprévisibles, ou des circonstances dont les conséquences étaient imprévisibles, au moment de l'exécution de l'Accord. Le changement peut être encore mieux défini comme un changement qui n'a pas été causé par, ou auquel n'a contribué, aucun acte ou manquement d'aucune des parties, et auquel cas, si les parties avaient été informées avant la date d'exécution de l'Accord qu'un tel Changement de Circonstances se produirait, elles n'auraient pas conclu l'Accord. Les raisons fondamentales pour ceci sont qu'un tel Changement de Circonstances aurait affecté négativement la capacité de la partie concernée à remplir ses obligations et fonctions dans l'Accord, ou aurait affecté négativement l'équilibre financier sous la concession. De préférence, le Changement de Circonstances ne devrait inclure que des évènements dont l'Autorité est responsable, tels que Changement dans la Loi, acte d'expropriation, acquisition obligatoire, et nationalisation,

Dans certains pays, le Code Civil incorpore des protections contre ce type de changements. Par exemple, pour être considéré comme un Changement dans la Loi, le changement peut devoir être matériel et satisfaire les critères suivants :

- Etre généralement inapplicable aux entreprises commerciales et industrielles du pays hôte comportant un investissement ou un contrôle privé.
- Imposer au Concessionnaire des coûts excédant la valeur de tout bénéfice au Concessionnaire ; le changement comporte un coût actualisé rabaissé au Concessionnaire pour le reste du Terme, excédant une somme spécifiée.

Une solution au Changement dans les Circonstances est que les parties, à leurs propres frais, prennent toutes les mesures raisonnables nécessaires pour restaurer leur capacité à remplir leurs obligations dans l'Accord qui sont affectées par le Changement dans les Circonstances, et qu'elles continuent à remplir leurs obligations respectives dans l'Accord pour autant qu'elles ne soient pas également affectées.

L'Accord peut disposer que, pour une durée acceptée suivant le Changement dans les Circonstances, les parties devraient se réunir et, à la suite d'une période agréée de consultations, prendre les mesures adéquates pour restaurer :

- La capacité de la partie concernée à remplir ses obligations et fonctions affectées par le Changement dans les Circonstances, et

- Le solde financier du Concessionnaire, en gardant à l'esprit la précaution exprimée antérieurement concernant l'utilisation du modèle financier.

Dans l'éventualité où les parties ne puissent pas se mettre d'accord dans la période spécifiée, l'Accord peut prévoir la soumission à la Procédure de Résolution des Litiges (voir Section 2.30). Cependant, si les conditions suivantes émergent… :

- Le Changement dans les Circonstances continue à se produire pour une période spécifiée, ou
- Une série de Changements dans les Circonstances liés continue dans l'agrégat pour cette période spécifiée au cours de n'importe quelle année.

… l'Accord pourrait alors disposer que le Concessionnaire puisse opter pour résilier le Terme à l'expiration de la période spécifiée en servant une Notification de Résiliation à l'Autorité. En cas d'une telle résiliation, les dispositions relatives à la résiliation s'appliquent (Section 2.24).

2.19 Variations

La structure de l'Accord risque d'être trop rigide si elle ne permet pas de Variations, qui normalement appartiendraient à deux catégories. Dans la première catégorie, le Concessionnaire désire des changements dans les Avoirs Concessionnés, les Nouvelles Modernisations ou les Futures Modernisations durant la période de construction ou de fabrication. La seconde catégorie inclut des variations permettant à l'Autorité de rechercher un changement.

Dans les deux cas, l'Accord devrait comporter des dispositions de service de notifications, et de contre-notifications. Dans une Variation proposée par l'Autorité, le Concessionnaire devrait pouvoir rejeter la demande de changement si la Variation en question affectait la sécurité ou l'opérabilité. L'Autorité peut craindre que la Variation ait pour effet d'imposer des coûts financiers supplémentaires, tels que l'augmentation des montants compensatoires payables à l'expiration du Terme (ou à la résiliation antérieure), ou de réduire les bénéfices des services à délivrer dans l'Accord.

Les coûts d'une Variation devraient, dans l'ensemble, être supportés par la partie demandant le changement. Si des coûts extra peuvent être recouvrés à travers des Frais d'Accès aux Voies supplémentaires, la question principale sera d'assurer des fonds pour couvrir les coûts initiaux.

2.20 Préservation des Avoirs concessionnés

Typiquement, les dispositions commerciales communes comprennent ce qui suit :

- Dans la plupart des cas, le chemin de fer fonctionnera comme une continuité d'exploitation, ce qui demandera des arrangements avec des tiers dépassant la Date d'Expiration du Terme. Tout contrat avec une tierce partie exigeant que cette dernière fasse des paiements au Concessionnaire devrait être structuré de telle manière que l'Autorité recevra pro rata les mêmes bénéfices que le Concessionnaire. Les contrats ne devraient donc pas rechercher des paiements

importants au début, ni essayer d'imposer toute obligation importante à la fin, pouvant mettre l'Autorité en désavantage. De plus, aucun contrat ne devrait être permis qui soit en conflit avec la Date d'Expiration dans une période spécifiée de cette date, sans le consentement de l'Autorité.

- A mesure que la date d'expiration approche, l'intérêt de l'Autorité dans l'entretien des Avoirs Concessionnés augmentera. L'Accord devrait spécifier l'état des Avoirs Concessionnés à la fois pendant le Terme et pendant leur Retour, et établir les obligations du Concessionnaire à cet égard. L'Accord devrait aussi disposer que l'Autorité informera le Concessionnaire de ses exigences de transfert pas moins d'un nombre de mois spécifié avant la Date d'Expiration. L'intérêt de l'Autorité augmentera lorsqu'elle devra payer la compensation au Concessionnaire à l'Expiration du Terme, que ce soit dans les Termes de l'Accord., sous les termes d'un accord supplémentaire à cet effet relatif aux Futures Modernisations, ou sous la loi du pays hôte.

- Si l'Autorité reçoit les Avoirs Concessionnés à la fin du Terme, ce qui est le scénario commun, toute obligation d'entretien devra être surveillée, et un mécanisme devra être établi pour accomplir ceci de manière aussi peu envahissante que possible.

- Si l'Autorité croit raisonnablement que le Concessionnaire manque à ses obligations de renouvellement et d'entretien dans l'Accord, elle devrait pouvoir effectuer ou faire effectuer une enquête sur les Avoirs Concessionnés pour évaluer si leur renouvellement et leur entretien par le Concessionnaire a été et est conforme à ses obligations dans l'Accord. Ceci peut être limité à un seul exercice par nombre spécifié d'années.

- Si l'Autorité souhaite effectuer une enquête, elle devrait notifier le Concessionnaire par écrit et un nombre minimum accepté de jours en avance de la date à laquelle elle souhaite effectuer son enquête. L'Autorité devrait considérer toute demande raisonnable du Concessionnaire pour que l'enquête s'effectue à une autre date. En effectuant son enquête, l'Autorité devrait exercer des efforts raisonnables ou obtenir l'exercice de tels efforts pour minimiser toute perturbation au Concessionnaire. L'Autorité devrait supporter les coûts de l'enquête, sauf là où l'enquête révèle le manquement du Concessionnaire, auquel cas il devrait en supporter les coûts, à moins que l'enquête ne porte sur le Retour des Avoirs. Le Concessionnaire devrait être obligé de fournir à l'Autorité, sans frais, toute assistance raisonnable requise par cette dernière pour conduire cette enquête.

- Si les résultats de l'enquête révèlent que le Concessionnaire n'a pas rempli ses obligations de renouvellement ou d'entretien, l'Autorité exercera probablement son pouvoir de :

    - Notifier au Concessionnaire les standards obligatoires pour que l'état des Avoirs Concessionnés soit conforme aux obligations de l'Accord, et

- Spécifier une période raisonnable pendant laquelle le Concessionnaire doit se mettre en conformité au moyen de travaux de rectification et/ou d'entretien.

- Le Concessionnaire devrait être obligé d'effectuer ces travaux de rectification et/ou d'entretien dans la période spécifiée, et de supporter en leur totalité tous les coûts découlant desdits travaux.

- Dans le cas des enquêtes sur le Retour des Avoirs, il est raisonnable que leurs coûts soient supportés conjointement. Sur demande du Concessionnaire, les enquêtes devraient être effectuées par un expert indépendant accepté par les deux parties. Si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accort, l'Accord devrait nommer un comité de sélection pour appointer l'expert indépendant. Si l'enquête démontre que les travaux de renouvellement et d'entretien sont nécessaires pour amener les Avoirs Concessionnés à la hauteur des standards exigés par l'Accord, le Concessionnaire devra émettre un cautionnement conformément à la Section 2.12, ou bien établir un compte de garantie et y déposer un montant égal au coût estimé de ces travaux de renouvellement et d'entretien.

En cas de non-délivrance d'un service faisant partie de la concession, et en particulier si ce service remplit une obligation de service publique, l'Autorité peut exercer un droit temporaire pour obtenir l'exploitation de tout ou partie des Avoirs Concessionnés. Les dispositions de l'Accord devraient comprendre des protocoles de service de Notification d'Intention pour assumer l'exploitation, l'attribution de la responsabilité des coûts encourus, et la répartition des risques, en particulier en ce qui concerne tout dommage aux Avoirs Concessionnés se produisant pendant l'exploitation, et pour le retrait de l'Autorité ou de son représentant à la fin de la période d'urgence.

2.21 Information confidentielle

Il est préférable de commencer avec le concept de transparence et d'obliger le Concessionnaire à divulguer l'information qui serait raisonnablement exigée pour informer le public des progrès, ou autrement pour améliorer les services. La portée de cette divulgation est traitée dans la Section 2.23 (Rapports et Documents Comptables). Cedi dit, dans de nombreux accords, Information Confidentielle se réfère à toute information, donnée ou autre matière (« information ») communiquée à l'une des parties par une autre partie ou en son nom, dans les conditions suivantes :

- Il peut être raisonnablement supposé que la divulgation de l'information par son destinataire affectera les affaires commerciales du propriétaire de cette Information Confidentielle, ou

- L'Information est marquée « Confidentielle » par l'une des parties au moment de sa publication, et cessera de l'être si elle ne retient pas sa nature confidentielle, par exemple :

- L'information divulguée par son destinataire ne serait plus raisonnablement supposée affecter les affaires commerciales du propriétaire de l'information ;
- L'information est désormais du domaine public à travers des moyens autres qu'un manquement aux dispositions de confidentialité de l'Accord ;
- L'information est parvenue au destinataire de manière indépendante, à travers une tierce partie libre de la divulguer.

A moins que la loi du pays hôte ne dispose spécifiquement, une considération particulière devrait être donnée aux dispositions étendant la confidentialité aux Détenteurs et aux Demandeurs d'Accès aux Voies. La définition d'Information Confidentielle devrait inclure des informations ou des données collectées par le Concessionnaire ou par un Détenteur d'Accès aux Voies sur les résultats d'un Accord d'Accès dans les circonstances suivantes :

- Si le collecteur divulgue l'information qui peut raisonnablement être supposée affecter les affaires commerciales de l'autre partie de l'Accord d'Accès.

- Que l'autre partie sera considérée comme étant le propriétaire de ladite Information Confidentielle.

Les parties accepteraient de maintenir la confidentialité, sauf en ce qui concerne la Divulgation Permise indiquée ci-dessous, et le Concessionnaire serait obligé de souscrire des engagements de non-divulgation avec les Détenteurs et les Demandeurs d' Accès aux voies.

La Divulgation Permise pourrait inclure les exemples suivants :

- La divulgation est exigée ou obligée par une loi,
- La divulgation est nécessaire pour la conduite de toute action en justice, y compris tout processus de résolution de litiges dans l'Accord ou dans l'Accord d'Accès aux voies.
- La divulgation est exigée sous toute exigence ou règle de cotation en bourse,
- La divulgation est à l'attention du Conseil de Sécurité des Chemins de Fer,
- La divulgation est à l'attention des avocats ou des comptables du destinataire, sous devoir de confidentialité.
- La divulgation est à l'attention du banquier ou d'une autre institution financière du destinataire, dans la mesure où il s'agit de trouver des fonds ou de rester en conformité avec les arrangements de crédit, si lesdits banquiers ou institutions financières ont exécuté un acte de confidentialité juridiquement applicable en faveur du propriétaire de l'Information Confidentielle.
- La divulgation se fait dans le but de faciliter les instructions de contrôle des trains là où le Concessionnaire est l'auteur de la divulgation dans le cours habituel des opérations de contrôle des trains.

- La divulgation est faite par toute personne impliquée dans le dégagement des voies après un incident ou une urgence empêchant d'opérer des services de trains sur l'infrastructure ferroviaire.
- La divulgation est à l'attention d'un fournisseur d'infrastructure ou exploitant d'infrastructure faisant partie du système dont l'Accès fait partie.

Une question particulière se pose lorsque le Concessionnaire exploite l'Infrastructure Sous les Rails, et est aussi un Exploitant de Fret Ferroviaire. Si les employés du Concessionnaire sont transférés de l'exploitation de l'infrastructure à celle des opérations, il est important d'assurer qu'ils n'utilisent pas d'Information Confidentielle sur les Détenteurs et les Demandeurs d'Accès aux Voies dans leur nouveau poste, et que le Concessionnaire donne des instructions spécifiques à cet égard.

2.22 Employés

Si une véritable réforme des chemins de fer doit avoir lieu, il est probable qu'elle exigera un changement exhaustif dans les termes et conditions d'emploi des effectifs, et dans la manière dont ils remplissent leurs fonctions, y compris la suppression de pratiques restrictives. Si un personnel existant doit être transféré au Concessionnaire, une option pour ce dernier peut être de stipuler le nombre de personnel transféré dans ses documents de soumission, et d'accepter dans l'Accord d'employer ce nombre exact. Avant le début du Terme, le Concessionnaire devrait sélectionner les employés et les identifier auprès de l'Autorité.

Il serait raisonnable d'inclure une clause encourageant le Concessionnaire à utiliser du personnel local, et d'exiger que la sélection du personnel local donne la préférence aux employés existants de chemins de fer, en fonction de leur adéquation, de leurs qualifications, et de leur disponibilité. Si le Concessionnaire peut démontrer que les personnels existants de chemins de fer ne sont pas adéquats ou pas suffisamment qualifiés, il pourrait alors avoir la liberté de recruter des employés avec des qualifications spécifiques, provenant d'autres sources.

Chaque employé transféré devrait signer un contrat d'emploi avec le Concessionnaire. Des questions telles que les droits accumulés de retraite et d'autres prestations devront être abordées. La mesure dans laquelle il serait économiquement faisable ou raisonnable de maintenir des conditions au moins égales aux termes et conditions de l'employeur ferroviaire antérieur avant le commencement du Terme dépendra de ce qu'étaient ces termes et conditions.

L'Autorité peut demander au Concessionnaire d'employer ou d'obtenir l'emploi de main-d'œuvre locale compétente, dans la mesure où elle est disponible, pour construire les Nouvelles Modernisations et pour exploiter, renouveler et entretenir les Avoirs Concessionnés.

2.23 Rapports et Documents Comptables

Si l'Autorité octroie un prêt subordonné, toute la documentation correspondante lui donnera le droit de recevoir une information financière et de gestion exhaustive, mais ce droit prendra fin avec le remboursement de la dette.

Il est donc suggéré que l'Autorité énonce ses droits à l'information dans l'Accord. Là où l'Autorité doit rembourser des prêts aux Bailleurs de fonds, et quels que soient les motifs de résiliation, l'Autorité demandera probablement plus d'information pour lui permettre de surveiller son degré d'exposition. De plus, là où l'Autorité ou l'état met des fonds temporaires à disposition, à cause de perturbations dans le marché du crédit, elle peut exiger une plus grande influence sur le choix de la gestion, dans le cas où la concession se trouverait en difficulté.

Avant le début du Terme, l'Autorité et le Concessionnaire devraient agréer le format des rapports trimestriels. A une date fixée du troisième mois après le commencement du Terme, et tous les trois (3) mois par la suite, le Concessionnaire devrait soumettre à l'Autorité un rapport dans le format agréé. Ce rapport devrait couvrir raisonnablement les progrès du développement, du financement, de la construction, des commandes pour les Nouvelles Modernisations, et du renouvellement, de l'entretien et de l'exploitation de l'Infrastructure Sous les Rails. De même, le rapport doit donner des détails sur les principales activités de chemins de fer pendant la période : volume du trafic, changements dans le trafic ou l'activité de la période précédente, et, pour la même période de l'année précédente, les frais perçus, les recettes, les dépenses, et d'autres données de paramètres critiques.

Il pourrait être raisonnablement exigé au Concessionnaire de conduire ses affaires avec la diligence et l'efficacité requises, en conformité avec des normes et pratiques commerciales et financières internationales solides, et d'assumer la pleine responsabilité de tous les aspects de son entreprise, comme suit :

- Le Concessionnaire devrait préparer et soumettre à l'Autorité dans un nombre de mois spécifié, à la fin de chaque année calendrier, une copie de ses états financiers audités ayant été ou devant être soumis aux autorités fiscales locales, et ayant été préparés par un cabinet de comptabilité/d'audit internationalement reconnu et dûment enregistré dans le pays hôte conformément aux normes comptables internationales et aux lois du pays. Les états financiers devraient comprendre le bilan, le compte de profits et pertes, et l'état du flux de trésorerie, ainsi que des notes explicatives sur les variations par rapport aux normes comptables internationales utilisées pour être en conformité avec les lois du pays hôte.

- En plus des états financiers, les rapports annuels à l'Autorité pourraient inclure les informations et les paramètres suivantes :

  - Tonnes de fret, tonnes-km, passagers et passagers-km transportés,
  - Locomotive-km pour les services de passagers et de fret,'
  - Tonnes de fret-km par employé et passager-km par employé,
  - Revenus et coûts par services et par activité,
  - Entretien réel c/. planifié et détails des pannes d'avoirs ayant affecté les services.

- Résumé des évènements et causes d'annulation et de retards, ainsi que les plaintes reçues et les actions correctives, et résumés des enquêtes de satisfaction des clients.
- Les résumés des accidents et incidents, des causes et les conséquences des accidents graves devraient avoir été transmis au ministère pertinent dès qu'ils se sont produits, et seraient à aborder par le Conseil de Sécurité des Chemins de Fer.
- Détails des programmes de ressources humaines, y compris les effectifs employés et les formations fournies.
- Statistiques d'utilisation du matériel roulant pour le Concessionnaire, ainsi que pour les Détenteurs d'Accès aux Voies.

- L'Autorité peut souhaiter d'appointer, à ses propres frais, un vérificateur indépendant enregistré dans le pays hôte, pour vérifier les états et l'information du Concessionnaire. Ce dernier devrait fournir toute l'assistance raisonnable au vérificateur engagé.

L'Accord devrait aussi spécifier tous les autres rapports et documents comptables pouvant être exigés par l'Autorité.

L'Accord devrait identifier les périodes de rétention de certaines catégories de documents comptables, et leur état de préparation au moment du Retour des Avoirs.

2.24 Résiliation

Résiliation par l'Autorité pour Défaillance du Concessionnaire

Les Bailleurs de fonds et les investisseurs auront besoin de certitudes au sujet des circonstances dans lesquelles le Terme ou l'Accord (selon l'approche choisie) peuvent être résiliés. Ceci est encore plus critique si la résiliation due à une Défaillance du Concessionnaire conduisait à une perte de placements en action et à une perte de tout ou partie de la dette. De ce fait, l'Accord devrait énoncer une liste de potentiels cas de Défaillance du Concessionnaire qui pourraient donner lieu à la résiliation s'ils restaient sans solutions, ou pour lesquels il n'en existe aucune. Naturellement, il existe des « Evènements Intervenants », pour lesquels le Concessionnaire est exempté de responsabilité, auxquels cas la résiliation pour défaillance ne pourrait pas être prononcée, pas plus qu'elle ne pourrait l'être si la défaillance provenait des actions ou de la négligence de l'Autorité. Des exemples de ces cas de défaillance peuvent comprendre :

- Non–achèvement des Nouvelles Modernisations par le Concessionnaire à la Date de Retour des Avoirs,
- Le Concessionnaire cesse de remplir ses obligations,
- Non-conformité avec les niveaux de services acceptés dans l'Accord,
- Non-paiement des frais de concession à l'Autorité en temps opportun,
- Insolvabilité et autres évènements similaires,

- Actes de corruption : toutefois, le Concessionnaire devrait avoir l'opportunité de renvoyer le personnel ou les entrepreneurs impliqués dans les pratiques corrompues, si son équipe de gestion n'était pas au courant de ces actes.
- Sauf là où permis par l'Accord, attribution ou transfert de tout droit ou obligation du Concessionnaire lié à l'Accord,
- Tout manquement matériel du Concessionnaire à n'importe laquelle de ses obligations dans l'Accord.

Résiliation par le Concessionnaire pour Défaillance de l'Autorité

L'Autorité devra prendre en compte que l'Accord lui imposera des obligations, et que le Concessionnaire comptera sur l'exécution de ces obligations par l'Autorité. Des manquements communs par les Autorités concernent le non-paiement de soutien à la concession, la non-libération des avoirs telle que prescrite par contrat, etc. De plus, là où l'un ou les deux comptes clients doivent être ajustés en fonction de l'inflation et là où le financement est exprimé en monnaies autres que celle du pays hôte et les comptes clients doivent être ajustés en fonction des fluctuations de devises, les interventions de l'Autorité pour empêcher ceci de se produire auront de sérieuses conséquences négatives. De ce fait, l'Accord devrait aussi contenir la liste des évènements constituant une Défaillance de l'Autorité, sur une base similaire à celle relative au Concessionnaire. Cette liste peut inclure :

- Expropriation, acquisition obligatoire ou nationalisation du Concessionnaire ou de ses droits dans l'Accord par l'Autorité,
- Annulation d'un consentement demandé par le Concessionnaire pour fonctionner en dehors de l'Accord,

Tout manquement matériel par l'Autorité à n'importe laquelle de ses obligations dans l'Accord, après notification par le Concessionnaire, en donnant les détails raisonnables du manquement et en demandant les actions correctives appropriées.

Résiliation pour raisons autres que la Défaillance

L'Accord devrait disposer la résiliation dans le cas d'une Force Majeure prolongée ou là où les parties sont incapables d'arriver à un accord sur l'apparition d'un cas de Force Politique Majeure. (Comme indiqué plus haut, dans certains pays, les tribunaux peuvent par voie de législation imposer une solution aux parties).

Procédure de Résiliation

La partie cherchant à obtenir la résiliation devrait servir une Notification de l'Intention de Résilier et énoncer ses raisons pour ce faire. Si ces raisons sont fondées sur un cas de défaut auquel il peut être apporté remède, la partie défaillante devrait en avoir l'opportunité, ou établir un programme le lui permettant. La durée spécifique de chaque étape devrait être spécifiée dans l'Accord.

Après la délivrance de la Notification d'Intention de Résiliation, si la défaillance n'a pas été corrigée, ou si un programme d'actions correctives n'a pas été agréé, il devrait être permis à la Partie Non Défaillante de servir une Notification de Résiliation.

Entrée en vigueur de la Notification de Résiliation

L'Accord devrait énoncer la période minimum entre le service de la Notification de la Résiliation, et la Date effective de Résiliation.

Autres remèdes

L'exercice par la Partie Non Défaillante de son droit de résilier l'Accord ne devrait pas l'empêcher d'appliquer d'autres remèdes disposés dans l'Accord. Cependant, l'Accord inclura souvent une clause de « remèdes exclusifs » qui limitera le droit de chaque partie d'apporter des remèdes sous l'Accord plutôt que par loi, et il peut aussi bien y avoir des exclusions pour ce qui est parfois vaguement appelé « pertes conséquentes », mais serait mieux identifié comme « pertes indirectes », y compris des coûts d'opportunité.

Droits et obligations de résiliation

Il y a deux approches à la résiliation. D'abord, la résiliation peut se produire dans l'Accord, auquel cas les dispositions restant en effet, telle que la Confidentialité ou la Résolution des Litiges, et les dispositions relatives à l'ajustement financier post-résiliation, telles que le paiement d'indemnités, doivent être énoncées. Ensuite, la résiliation peut se produire parce que le Terme dans l'Accord expire ou est prématurément atteint. Dans ce cas, les obligations des parties sont abolies en ce qui concerne la concession, mais les autres obligations restent en vigueur. Cette approche sera en partie affectée par la loi du pays hôte.

Post-Résiliation

Le Concessionnaire devrait libérer le contrôle des Avoirs Concessionnés conformément à la Procédure de Retours des Avoirs, sauf si et dans la mesure prévue où, le Concessionnaire peut conserver certains des Avoirs. Si le Concessionnaire devrait être indemnisé, dans quelle circonstances et de combien, dépendra de ce que le marché acceptera au moment de la soumission pour la concession et de la loi du pays hôte.

En essence, si la résiliation est due à la Défaillance de l'Autorité, les indemnités devraient être suffisantes pour rembourser les Bailleurs de fonds, y compris tous les coûts de révocation des contrats alors existants, les coûts de démobilisation et un paiement vers les futurs dividendes sur les actions perdues en conséquence de la résiliation avancée.

Si le Concessionnaire est défaillant, une mesure pratique serait d'offrir le reste de la concession dans les mêmes termes que la concession originale et, après paiement des frais de l'Autorité, de payer le solde du Concessionnaire aux Bailleurs de fonds. Ceci ne fonctionne que s'il existe un marché liquide – un nombre suffisant de sociétés désireuses de soumissionner pour la concession de remplacement, et des Bailleurs de fonds désireux de prêter de l'argent. Pour l'Autorité, la pire position est celle où elle doit rembourser entièrement les Bailleurs de fonds, plus une partie du capital social. Une position intermédiaire est possible dans les pays permettant un droit d'indemnisation si la concession est relative à un service public. Les tribunaux établiront l'indemnité si elle n'est pas agréée entre les parties, bien que ceci ne rassurera pas les Bailleurs de fonds, parce que le processus de résoudre des litiges sur la valeur par voie juridique est habituellement prolongé.

Dans un Cas de Force Majeure Politique, le Concessionnaire devrait espérer le remboursement par les Bailleurs de fonds, retour sur le capital investi et coûts de démobilisation inclus.

S'agissant de la Force Majeure, le Concessionnaire chercherait à obtenir, au minimum, le remboursement de la dette, bien qu'il ne l'obtienne pas dans tous les pays. (Voir les questions du pouvoir des tribunaux dans la Section 2.10, Force Majeure).

Expiration du Terme

S'agissant de l'expiration du Terme, le Concessionnaire devrait rendre la concession, rendre le contrôle des Avoirs Concessionnés à l'Autorité, et, à option de l'autorité, vendre à l'Autorité d'autres de ses avoirs.

2.25 Retour des Avoirs Concessionnés

Il y a plusieurs manières d'effectuer le Retour des Avoirs. Certaines reflètent la nature de la concession octroyée, à savoir par exemple si le transfert du contrôle se fait à la fin du Terme ou lorsque les Avoirs Concessionnés sont créés. Le Retour des Avoirs Concessionnés est grandement influencé par les lois sur l'insolvabilité du pays hôte, et si le Concessionnaire devenait insolvable, les avoirs pourraient être retenus ou obtenus pour continuer à remplir les obligations de service public, si elles existent. Quel que soit le mécanisme juridique adopté, il est suggéré que dans une période déclarée ou une autre période agréée par les parties, après l'inspection effectuée selon la Section 2.20, les parties devraient se 'réunir et se mettre d'accord sur les processus fondés sur la Procédure de Retour des Avoirs. Les titres de ces rubriques devraient apparaître en tant qu'Annexes à l'Accord, et pourraient comprendre :

- Les travaux à effectuer pour assurer que les Avoirs Concessionnés sont conformes aux exigences à la Date de Retour des Avoirs,
- Les contrats restants, et s'ils doivent être annulés ou attribués à l'Autorité,
- L'inventaire des avoirs inclus dans la Portée des Avoirs à Rendre, tous les avoirs du Concessionnaire et les détails indiquant s'ils seront enlevés ou transférés à l'Autorité, et les termes de ces transferts conformément aux termes et conditions respectifs des résiliations dans l'Accord,
- Emploi, transfert ou excédent de personnel,
- Formation et procédures de tests pour le personnel désigné par l'Autorité pour assurer l'exploitation indépendante des Avoirs Concessionnés par l'Autorité,
- Les droits et obligations du Concessionnaire survivant expressément à la résiliation ou à l'expiration du Terme,
- Tous autres détails et procédures relatifs à la portée du Retour des Avoirs.

Portée du Retour des Avoirs Concessionnés

A la date de Retour des Avoirs et en conformité avec les Procédures de Retour des Avoirs Concessionnés, le Concessionnaire devrait rendre ou transférer à l'Autorité :

- Tous les droits, titres et intérêts du Concessionnaire dans les Avoirs à Rendre, libres de tout engagement ou revendication de quelque genre ou nature que ce soit,
- Tous les droits du Concessionnaire d'utiliser, de posséder ou d'accéder aux Avoirs Concessionnés,
- Tous les manuels d'instructions et d'entretien, les dessins techniques et autre information pouvant être raisonnablement nécessaire, ou raisonnablement demandée par l'Autorité pour l'habiliter elle ou son délégué à continuer l'exploitation des Avoirs Concessionnés,
- Toutes les garanties non expirées des sous-traitants et des fournisseurs et toutes les polices d'assurance, y compris les déclarations de sinistre, les octrois et les ajustements,
- Les accords d'emploi individuels et collectifs, les schémas d'assurance médicale et de retraite, et autres obligations relatives au travail,
- Toute la méthodologie et le savoir-faire relatifs à l'exploitation et à l'entretien des Avoirs Concessionnés selon les besoins pour permettre à l'Autorité ou à son délégué d'exploiter les Avoirs Concessionnés.

Autres questions de Retour des Avoirs

Le Concessionnaire devrait annuler ou transférer à l'Autorité, ainsi qu'établi dans la Procédure de Retour des Avoirs Concessionnés, toute exploitation et tout entretien, équipement, fourniture ou accords de service, et tout autre accord détenu par le Concessionnaire et encore en existence à la Date de Retour des Avoirs.

L'Autorité ne devrait pas assumer la responsabilité des coûts provenant d'annulations, et devrait donc être indemnisée et protégée de ces coûts par le Concessionnaire.

Le Concessionnaire, à ses propres frais et dans un nombre spécifié de jours après la Date de Retour des Avoirs, peut raisonnablement être obligé d'enlever ou de prendre les mesures raisonnables pour enlever tous les avoirs non transférables à l'Autorité.

Remèdes aux défaillances après la Date de Retour des Avoirs

Si, dans un nombre spécifié de jours après la Date de Retour des Avoirs, le Concessionnaire manque à l'un des articles, ou n'achève pas l'un des articles de la Procédure de Retour des Avoirs, l'Autorité exigera un remède, et devrait donc avoir le droit d'émettre une notification détaillant la Défaillance de Retour des Avoirs, et d'exiger que le Concessionnaire remédie à cette défaillance dans un délai spécifié raisonnable. Le Concessionnaire devrait remédier aux Défaillances de Retour des Avoirs à ses propres frais.

Si le Concessionnaire refuse de, ou de quelque manière manque à, remédier à la Défaillance de Retour des Avoirs, l'Autorité elle-même devrait avoir le droit de remédier à cette défaillance, et de recouvrer les coûts et frais auprès du Concessionnaire, que ce soit au moyen du cautionnement ou autre.

La diligence requise faisant partie des études de résultats révèlera l'incidence de frais de transfert, y compris le droit de timbre, les frais d'enregistrement, les impôts sur les transferts, etc. L'Accord devrait stipuler qui devrait supporter ces frais.

2.26 Attributions et autres Questions

Au cours d'un contrat à long terme, l'identité de l'Autorité, du Concessionnaire et des Bailleurs de fonds peut changer dans une certaine mesure. Les parts dans le Concessionnaire peuvent être achetées et vendues, les emprunts peuvent être refinancés, ou les Bailleurs de fonds peuvent consortialiser les prêts existants, et sous-participer ou créer des dérivatifs à partir de ces prêts. Chacune de ces étapes peut avoir un impact sur les autres parties et changer les pressions commerciales et autres ayant probablement existé au début du Terme. Ceci devrait être reconnu au moment de négocier l'Accord, et un équilibre approprié devrait être atteint pour permettre une certaine flexibilité pour tout changement approprié, tout en offrant aux parties un confort suffisant sur l'identité ou la qualité du crédit de leurs contreparties.

Restrictions au Concessionnaire

L'Accord ne devrait pas permettre au Concessionnaire d'affecter, de donner en novation ou de transférer les droits dans l'Accord, sauf comme paquet de sécurité aux Prêteurs Principaux. Si un Concessionnaire de remplacement est appointé par les Prêteurs Principaux, là où ils ont de tels droits dans un accord direct entre l'Autorité et les Bailleurs de fond, ou entre l'agent des Bailleurs de fonds et le Concessionnaire, l'Accord devrait permettre que les droits et obligations du Concessionnaire original soient transférés. De plus, des restrictions aux droits des actionnaires de disposer des actions ou de tout intérêt économique en actions peuvent exister. De telles restrictions peuvent stipuler une durée, ou des conditions pouvant amener un changement dans le contrôle. Là où il est approprié d'inclure une disposition dans l'Accord, le libellé et par conséquent la restriction doivent s'étendre à tout intérêt économique ou autrement bénéfique dans ces actions, et peut devoir adopter toutes les sociétés et filiales ultimes et intermédiaires de holdings du Concessionnaire, en particulier si les filiales exécutent une fonction majeure relative à la concession.

Restrictions à l'Autorité

En gardant à l'esprit l'importance de la force financière de l'Autorité, il est raisonnable pour l'Accord de ne pas permettre à l'Autorité d'attribuer ou de transférer les droits ou obligations dans l'Accord sans le consentement du Concessionnaire, sauf si le transfert a lieu sous la législation ou est exigé pour faciliter la réorganisation du secteur public. Cependant, la qualité du crédit de la partie secteur public ne doit pas être endommagée en conséquence de la réorganisation.

Changement dans le financement

Si le Concessionnaire peut refinancer à des taux inférieurs, il peut se faire que le gain potentiel de rendement soit contrebalancé par la Commission de Régulation des Transports, ce qui pourrait réduire les tarifs autrement payables au Concessionnaire. Si les lois du pays hôte rendent ceci improbable, l'Autorité devra se demander si elle devrait partager les gains de refinancement. Un libellé très soigneux sera nécessaire si ces questions deviennent plus complexes, par exemple, si les gains de

refinancement pourraient être amenés à un niveau supérieur, à savoir au niveau d'une société de holdings.

De plus, si l'Autorité compte commercialement, par opposition à contractuellement, sur les Prêteurs Principaux pour agir en tant qu'influence de contrôle sur le Concessionnaire, parce qu'ils ne seront payés que dans la mesure où le Concessionnaire a de bons résultats, alors toute la question de la consortialisation, de la sous-participation et en particulier de la création de dérivatifs doit être considérée.

2.27 Droits sur la Propriété Intellectuelle

Pour pouvoir exploiter les Avoirs Concessionnés dans des circonstances d'urgence ou à l'expiration ou résiliation du Terme, le Concessionnaire devra octroyer à l'Autorité une licence ou sous-licence irrévocable pour utiliser les droits de propriété intellectuelle relatifs au renouvellement, à l'entretien ou à l'exploitation de ces avoirs. Il devrait être permis à l'Autorité elle-même d'octroyer des sous-licences à des concessionnaires ou exploitants ultérieurs.

Si le Concessionnaire est aussi un exploitant de trains, l'Autorité peut exiger des licences d'utilisation pour les processus des systèmes opérationnels utilisés pour délivrer des services de fret. Si ces systèmes sont des logiciels privés, il est probable que, à la suite de l'expiration ou de la résiliation du Terme, l'utilisation de ces processus sera exigée jusqu'à ce qu'un nouveau Concessionnaire ou opérateur ait été appointé et ait eu l'opportunité d'introduire de nouveaux systèmes.

2.28 Paiements

Des dispositions concernant les paiements et les calendriers de paiements devraient être établies, comme par exemple si les dates d'échéance des paiements tombent sur un jour férié public ou bancaire.

Dans le cas d'une défaillance à payer à l'échéance, une indemnité devrait être payée. Le Concessionnaire empruntera des fonds, et tout intérêt qui lui serait payable devrait représenter ses coûts pour non-paiement à échéance. Cependant, le taux d'indemnisation ne devrait pas être tel qu'il constitue pour le Concessionnaire une incitation à retarder ses paiements à l'Autorité parce que l'indemnisation représente une alternative moins chère que les emprunts dans l'Accord. Le taux d'intérêt pour retard de paiement devrait donc être lié aux coûts fluctuants des fonds.

2.29 Loi et Langue pertinentes

Dans la plupart des pays hôtes, il est accepté que la loi régissant l'Accord sera la loi du pays hôte.

S'agissant de la langue, les coûts des soumissions internationales et de leurs Bailleurs de fonds seront grandement réduits si des traductions ne sont pas nécessaires. Pourtant, l'anglais, le français et l'espagnol ont des avantages, l'anglais étant habituellement le plus universel. Il peut toutefois exister des raisons politiques ou culturelles rendant ceci inacceptable.

2.30 Résolution des Litiges

Sauf si et dans la mesure où, les questions économiques, de standard-de-service et de sécurité peuvent être traitées par le régulateur dans le cadre de la loi, il existe trois manières principales de résoudre les litiges se produisant sous l'Accord, à savoir l'expertise, l'arbitrage et l'action en justice. Savoir si deux sur trois d'entre elles devraient être utilisées dépend de la loi du pays hôte. Dans certains pays, il n'existe pas de mécanisme reconnaissant une expertise comme définitive, contraignante et applicable. Dans d'autres pays, les tribunaux interviendront dans l'arbitrage, ou, à l'enregistrement d'une décision d'application, les tribunaux accepteront une nouvelle audience du cas. Dans certains pays, les concessions tombent sous la loi administrative et donc les litiges relatifs à l'Accord devraient être transmis aux tribunaux administratifs.

Parmi les raisons de *ne pas* utiliser les tribunaux figure le calibre de la magistrature. Les concessions sont complexes, de même que les accords relatifs à leur octroi. Il existe donc un risque que la magistrature ne comprenne pas entièrement les questions impliquées, commerciales et autres. Il peut aussi exister des problèmes de corruption dans le système de tribunaux, des retards dans les procès et les audiences, et le risque de nombreux appels. Une autre question critique est le temps nécessaire pour avancer à travers tous les niveaux de tribunaux pour enfin arriver à la décision finale.

Le Concessionnaire et des Bailleurs de fonds voudront déterminer si le potentiel existe dans le pays hôte pour le Concessionnaire de solliciter une révision judiciaire dans le cas où le régulateur prendrait une décision qui affecterait négativement le Concessionnaire, et où la décision serait jugée déraisonnable.

Les investisseurs internationaux et les Bailleurs de fonds seront influencés par le potentiel de résolution satisfaisante des litiges à travers l'arbitrage. De ce fait, il devient important de savoir si le pays hôte est un signataire de la Convention de New York pour la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences Arbitrales Etrangères, du CIRDI (Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements) ou d'autres conventions régionales.

En tant que condition préalable au lancement d'une action de résolution de différent, il peut être utile de convoquer une réunion entre l'administrateur principal de l'Autorité et le PDG du Concessionnaire, et de leur donner une courte durée pour résoudre le problème. Au minimum, l'obligation de réunion assure que les officiels principaux cherchent à comprendre les problèmes et l'approche de leurs contreparties avant de s'embarquer dans un litige onéreux. Le corollaire de cette obligation est que durant le processus de formation pré-réforme au sein de l'Autorité doit insister sur le fait que les administrateurs devraient prendre des décisions proactivement, plutôt que de se cacher derrière le prétexte que la décision a été imposée par l'Autorité sur la base d'une conclusion de la Procédure de Résolution des Litiges.

L'expertise, lorsqu'elle est une option, peut aider à régler les différences techniques, par exemple si le différent concerne des problèmes de construction ou d'exploitation. Dans certains pays, un conseil permanent de résolution des litiges a été établi pour

expédier la résolution des différentes techniques pendant la phase de construction. Dans d'autres cas, les litiges financiers sont transmis à un groupe d'experts financiers.

Du point de vue de l'Autorité, tous les litiges sont strictement entre elle et le Concessionnaire, et n'impliquent pas de tierces parties. Du point de vue du Concessionnaire, impliquer des tiers tels que ses entrepreneurs est avantageux, en particulier s'il cherche à rejeter ses responsabilités sur ces derniers. Cependant, si la résolution des litiges implique un conseil d'arbitrage de trois personnes, comprenant un appointé de l'Autorité, un appointé du Concessionnaire et un arbitre, joindre les procédures n'est pas pratique, parce que les entrepreneurs n'auraient pas d'arbitre représentant. De ce fait, si une résolution de litige implique plus de deux parties, un seul arbitre est la meilleure solution.

2.31 Paragraphes Passe-partout

Qu'il représente l'accord tout entier ou une série de contrats, l'Accord nécessitera plusieurs termes standards pour aborder des questions telles que le service de notifications, et une disposition pour préserver l'Accord dans le cas où une disposition se révèlerait illégale, etc.