

<http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/fran%C3%A7ais/accords/principales-caract%C3%A9ristiques-des-syst%C3%A8mes-de-%C2%AB-common-law-%C2%BB-et-de-droit-civil/princ#synthese>

Principales caractéristiques des systèmes de « common law » et de droit civil

Il existe deux traditions juridiques majeures dans le monde : la « common law » et le droit civil. La plupart des pays ont intégré des caractéristiques de l'une ou de l'autre dans leurs propres systèmes juridiques. La principale différence entre les traditions juridiques de « common law » et de droit civil repose sur la source principale du droit. Alors que les systèmes basés sur la « common law » considèrent les décisions judiciaires comme la source la plus importante de la loi, les systèmes basés sur le droit civil mettent particulièrement l'accent sur le droit codifié.

Pour en savoir plus sur les différentes sources du droit, consultez la section [Source of Law](#) (sources du droit).

- [**Système de « common law »**](#)
 - [**Système de droit civil**](#)
 - [**Synthèse des différences entre les systèmes juridiques de droit civil et de « common law »**](#)
 - [**Systèmes de droit civil: jurisprudence administrative clé qui peut affecter les accords de PPP**](#)
 - [**Autres réglementations de droit civil qui peuvent affecter les accords de PPP**](#)
 - [**Le concept de « concession » en France - synthèse**](#)
-

Systeme de « common law »

Les pays soumis au systeme de « common law » sont g6neralement les anciennes colonies ou anciens protectorats britanniques, y compris les 6tats-Unis.

Les caract6ristiques d'un systeme de « common law » incluent:

- Il n'existe pas toujours de constitution 6crite ou de lois codifi6es;
- Les d6cisions judiciaires ont force ex6cutoire : les d6cisions de la plus haute instance judiciaire peuvent g6neralement 6tre invalid6es par cette m6me instance uniquement, ou par la l6gislation;
- Libert6 contractuelle 6tendue : quelques dispositions sont implicites au contrat en vertu de la force obligatoire (bien que des dispositions visant 6 prot6ger les consommateurs priv6s puissent 6tre implicites);
- En r6gle g6n6rale, tout ce qui n'est pas interdit par la loi est autoris6.

Un systeme de « common law » est habituellement moins normatif qu'un systeme de droit civil. Il est donc possible qu'un gouvernement souhaite inscrire des garanties pour ses citoyens dans la l6gislation particuli6re li6e au programme d'infrastructures envisag6. Par exemple, il peut souhaiter interdire 6 un prestataire de services de couper l'alimentation en eau ou en 6lectricit6 de mauvais payeurs. Pour en savoir plus 6 ce sujet, veuillez consulter la section [L6gislation et r6glementation](#).

Dans les systemes de « common law », quelques dispositions sont implicites au contrat en vertu de sa force obligatoire. Il est donc important de d6finir L'ENSEMBLE des termes qui r6gissent la relation entre les parties 6 un contrat dans le contrat lui-m6me. On obtiendra souvent un contrat avec un terme plus long que celui conclu dans un pays de droit civil.

[retour](#)

Systeme de droit civil

Les pays soumis au système de droit civil sont généralement les anciennes colonies ou anciens protectorats français, néerlandais, allemands, espagnols ou portugais, ainsi qu'une grande partie de l'Amérique latine et des Caraïbes. La plupart des pays d'Europe centrale et orientale et d'Asie orientale respectent également une structure de droit civil.

Le système de droit civil est un régime juridique codifié qui tire son origine du droit romain. Les caractéristiques d'un système de droit civil incluent:

- Il existe généralement une constitution écrite ainsi que des codes et lois particulières (par ex. Code civil, Code pénal et codes qui couvrent le droit des sociétés, le droit administratif et le droit fiscal) qui inscrivent les droits et devoirs fondamentaux;
- Seuls les textes législatifs sont considérés comme obligatoires pour tous. La jurisprudence a moins d'importance que la loi au sein des tribunaux civil, pénal et commercial bien que, dans la pratique, les juges ont tendance à suivre les décisions judiciaires antérieures. La Cour constitutionnelle et le tribunal administratif peuvent annuler des lois et règlements. Dans ces cas-là, leurs décisions ont force exécutoire pour tous.
- Dans certains systèmes de droit civil, comme en Allemagne, la doctrine influe de manière significative sur la prise de décision des tribunaux;
- La liberté contractuelle est moins importante que dans un système de « common law » : de nombreuses dispositions sont implicites au contrat conformément à la loi et les parties ne peuvent en conclure un en écartant ces dispositions.

Un système de droit civil est habituellement plus normatif qu'un système de « common law ». Cependant, un gouvernement devra encore examiner si une législation particulière est nécessaire, par ex. pour un secteur d'infrastructure spécifique, ou si une loi particulière est nécessaire pour limiter la portée de certaines restrictions afin de permettre la réussite d'un projet d'infrastructure. Pour en savoir plus à ce sujet, veuillez consulter la section [Législation et réglementation](#).

Puisque, dans les systèmes de droit civil, un certain nombre de dispositions sont implicites au contrat et dans la mesure où les inexactitudes ou ambiguïtés peuvent être corrigées ou résolues grâce à l'application de la loi correspondante, il est généralement moins important de définir L'ENSEMBLE des termes qui régissent la relation entre les parties à un contrat dans le contrat lui-même. On obtiendra souvent un contrat plus court que celui conclu dans un pays soumis à la « common law ».

Il est également important de souligner que, dans le domaine des infrastructures, certains concepts juridiques bien définis à destination de formes spécifiques de projets d'infrastructure existent dans les juridictions de droit civil. Les concepts juridiques de [Concessions](#) et d'Affermage par exemple, ont une signification et une structure techniques précises dont la

compréhension ou l'application peuvent ne pas être de mise dans un pays soumis à la « common law ». Par conséquent, l'utilisation et l'application de ces termes doivent être exercées avec prudence. Cette problématique est examinée plus en détails dans la section [Accords](#).

[retour](#)

Synthèse des différences entre les systèmes juridiques de droit civil et de « common law »

Le tableau ci-dessous indique quelques différences clés entre les juridictions de « common law » et celles de droit civil.

Caractéristique	« Common law »	Droit civil
Constitution écrite	Obligatoire	Non obligatoire
Décisions judiciaires	Force exécutoire	N'ont pas force exécutoire sur les tiers. Cependant , les décisions de la Cour constitutionnelle et du Tribunal administratif prises sur les lois et réglementations ont force exécutoire pour tous.
Doctrines	Peu d'influence	Influence significative dans certaines juridictions de droit civil.
Liberté contractuelle	Étendue : seules quelques dispositions sont implicites aux relations contractuelles en vertu de la force obligatoire.	Plus limitée: un certain nombre de dispositions sont implicites aux relations contractuelles en vertu de la force obligatoire.

Système judiciaire applicable aux projets de PPP	Dans la plupart des cas, la relation contractuelle est soumise au droit privé et aux juridictions privées qui s'occupent de ces questions.	La plupart des accords de PPP (par ex. les concessions) sont considérés comme relevant du service public et, par conséquent, soumis au droit administratif public géré par les tribunaux administratifs.

[retour](#)

Systemes de droit civil: jurisprudence administrative clé qui peut affecter les accords de PPP [\[1\]](#)

Dans de nombreux pays de droit civil, une loi administrative distincte régit les accords de PPP. Il est donc important d'obtenir un conseil juridique local pour vérifier si c'est le cas du système de droit civil spécifique dans lequel le projet de PPP est envisagé. Il est également important de souligner que, dans une juridiction de droit civil, le contrat sera exécuté par les tribunaux administratifs à moins que celui-ci précise que les parties ont convenu d'avoir recours à l'arbitrage. Certaines règles administratives clés applicables aux contrats de gestion déléguée sont énumérées ci-dessous.

[retour](#)

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

- *Droit de modification unilatérale*

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

- ***Droit d'abandon unilatéral***

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

- ***Droit de continuité du service***

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

[retour](#)

Protections de l'exploitant prévues par la loi

- ***Droit de l'exploitant à l'équilibre financier***

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

o **Fait du prince.** L'indemnisation est accordée lorsque l'autorité contractante est à l'origine de la baisse de bénéfice de l'exploitant sans enfreindre le contrat. Pour obtenir cette indemnisation prévue dans le cadre du *fait du prince*, les conditions suivantes doivent être réunies :

§ Les mesures prises par l'autorité contractante ont nui à l'exploitant et étaient imprévisibles lors de la conclusion du contrat ;

§ Les mesures prises par l'autorité contractante dépassent la portée du contrat (autrement, l'action constituerait simplement un manquement au contrat) ; et

§ Les mesures prises par l'autorité contractante doivent être spécifiques à l'exploitant (les décisions générales qui visent toutes les entreprises ne sont pas considérées comme un *fait du prince* mais peuvent donner lieu à des dommages-intérêts sur la base du principe d'*imprévision*. Voir ci-dessous).

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

o **Sujétions imprévues** – L'exploitant a droit à une indemnisation pour les conditions matérielles imprévues qui rendent la construction et/ou l'exploitation plus onéreuses.

- **Force majeure**

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

Il est possible que les gouvernements souhaitent inclure des dispositions de *force majeure* dans l'accord de PPP respectif. Même si celles-ci font déjà partie d'une loi applicable et dans

la mesure où les dispositions contenues dans la loi respective peuvent être ambiguës, il est toujours recommandé de les réinscrire dans le contrat (par exemple, il est possible que la signification réelle de l'expression « restauration de l'équilibre financier » ne soit pas évidente).

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

[retour](#)

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

- ***Pénalités contractuelles***

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

- ***Clauses de majoration***

Conformément au Code des impôts français, les clauses de majoration relatives à l'indemnisation en cas de retenue à la source sur les intérêts n'ont pas force exécutoire pour l'administration fiscale française lorsque le débiteur est une entité française.

- ***Faillite***

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

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

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

- ***Garanties et prêts consortiaux***

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