



## Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE

4 février 2000

FRANÇAIS

Original: ANGLAIS

---

### Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-deuxième session

#### Compte rendu analytique de la 656ème séance

Tenue au Centre international de Vienne le vendredi 21 mai 1999 à 14 heures

*Président:* M. Renger ..... (Allemagne)

### Sommaire

Projets d'infrastructure à financement privé (*suite*)

---

Le présent compte rendu est sujet à rectifications. Les rectifications doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *une semaine au plus tard à compter de la date du présent document*, au Chef du Service de traduction et d'édition, bureau D0710, Centre international de Vienne.

Les rectifications éventuelles aux comptes rendus des séances de la présente session seront groupées dans un rectificatif unique.

*La séance est ouverte à 14h5.*

**Projets d'infrastructure à financement privé** (suite)  
(A/CN.9/458 et Add.1 à 9)

*Chapitre V. Construction et exploitation de l'infrastructure*  
(suite) (A/CN.9/458/Add.6)

1. **Le Président** suggère, pour mieux structurer la discussion, que les recommandations figurant sous la rubrique "Exploitation de l'infrastructure" et les notes correspondantes figurant aux paragraphes 18 à 46 soient subdivisées comme suit: recommandation 3, avec les notes correspondantes figurant aux paragraphes 18 à 30; recommandation 4 et notes figurant aux paragraphes 31 à 39; recommandation 5 et notes correspondantes (paragraphes 40 à 43); et recommandation 6 et notes des paragraphes 44 à 46.

*Recommandation 3 et paragraphes 18 à 30*

2. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit, à titre d'observation générale, que, pour une large part, le contenu des notes correspondant à la recommandation 3 a trait à des questions réglementaires qui, habituellement, ne sont pas mentionnées dans l'accord de projet.

3. Le début de la troisième phrase du paragraphe 18 devrait être modifié de manière à mentionner le cas non seulement des pays qui ont promulgué une législation générale relative aux concessions mais aussi ceux qui envisagent d'en promulguer une. La dernière phrase du paragraphe 22 devrait être modifiée de façon à indiquer qu'il n'est pas seulement souhaitable, mais essentiel, d'exiger que l'accord de projet détermine les circonstances dans lesquelles le concessionnaire peut être contraint de développer ses installations de services ainsi que les méthodes appropriées permettant de financer les dépenses occasionnées par une telle expansion. M. Wallace souscrit au conseil donné au paragraphe 24 selon lequel il convient d'indiquer dans l'accord de projet quelles sont les circonstances extraordinaires qui peuvent justifier la suspension du service ou libérer le concessionnaire des obligations qu'il a souscrites au titre de l'accord de projet, M. Wallace se demande si un tel conseil peut être accepté dans tous les systèmes juridiques.

4. **M. Wiwen-Nilsson** (observateur de la Suède) dit qu'à la dernière phrase du paragraphe 22, il ne s'agit pas tant d'une question de "financer" les dépenses en question, mais d'en couvrir ou d'en supporter le coût. Le libellé de cette phrase devrait être modifié.

5. L'avant-dernière phrase du paragraphe 24, où il est dit que la résiliation de l'accord exige en principe le consentement de l'autorité contractante ou une décision judiciaire, pourrait être mal interprétée comme constituant un conseil et devrait être soit supprimée, soit modifiée.

6. **M. Lalliot** (France) souligne que la recommandation 3 est particulièrement importante: elle est indissociablement liée à la nature essentiellement de services publics des projets d'infrastructure, qui font intervenir des concepts fondamentaux comme la continuité du service et l'égalité d'accès.

7. La dernière phrase du paragraphe 19 soulève un problème de conflit entre les dispositions légales et contractuelles. En droit français, une disposition contractuelle ne peut aucunement déroger à une disposition réglementaire ou législative, qui par nature se trouve à un niveau plus élevé dans la hiérarchie, à moins que la disposition législative dont il s'agit ne stipule expressément le contraire.

8. Le paragraphe 22 devrait s'ouvrir sur les mots "dans certains systèmes juridiques" étant donné que le contenu de ce paragraphe n'est pas généralement applicable.

9. En ce qui concerne le paragraphe 24, en droit français comme dans d'autres systèmes juridiques, les obligations qu'a le concessionnaire d'assurer la continuité du service public découlent des principes généraux du droit ou des dispositions législatives, auxquels il n'est pas possible de déroger par des dispositions contractuelles. Le droit unilatéral de l'autorité publique contractante de résilier ou de suspendre un contrat en est un exemple, sous réserve de la supervision d'un juge et du versement d'une indemnisation appropriée de tout préjudice subi par le concessionnaire. Il n'est pas possible de stipuler dans l'accord de projet les circonstances exceptionnelles qui justifieraient la suspension du service ou la libération du concessionnaire de ses obligations. Seul un juge peut dégager un concessionnaire desdites obligations.

10. **M. Mazini** (observateur du Maroc) craint que les notes ne reflètent pas comme il convient le principe de l'universalité du service, qui est un principe plus large que l'égalité du

service étant donné qu'il signifie qu'un exploitant de services publics peut, par exemple, être tenu de desservir des régions désavantagées du pays où de telles opérations risquent de ne pas être rentables.

11. En ce qui concerne le raccordement et l'accès aux réseaux d'infrastructure, dont il est question aux paragraphes 27 et 28, M. Mazini déclare que les conditions auxquelles les exploitants de ces réseaux sont tenus d'y autoriser l'accès doivent être non seulement justes et non discriminatoires, comme il est dit au paragraphe 28, mais aussi objectives, comme stipulé, entre autres, dans les principes directeurs pertinents de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

12. **M. Lalliot** (France), se référant à la crainte exprimée par l'observateur du Maroc, dit que le principe d'universalité est couvert, dans certains systèmes juridiques, par les principes généraux de l'égalité d'accès et de non-discrimination, le concessionnaire étant tenu, conformément au principe d'égalité et en contrepartie d'une rémunération équitable, de garantir l'accès universel aux services dans toutes régions du territoire de son ressort. Ces dernières années, la jurisprudence européenne a également reconnu la validité des principes d'égalité, de continuité, de non-discrimination et d'universalité. En droit français, ces principes s'étendent à l'adaptabilité, c'est-à-dire que l'exploitant est tenu d'incorporer des progrès technologiques aux services fournis pendant la durée de la concession.

13. **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international) convient qu'il faut tenir compte des différents systèmes juridiques et des traditions administratives. La terminologie différente qui est utilisée n'est peut-être pas toujours reflétée dans le guide législatif. Lorsque celui-ci parle de l'égalité de traitement des clients et des consommateurs, il s'agit effectivement du principe de l'universalité des services publics reconnue dans certains systèmes.

14. En réponse à l'observation du représentant de la France concernant le paragraphe 24, selon laquelle, dans certains systèmes juridiques, il n'est pas possible de stipuler dans le contrat dans quelles conditions le service peut être suspendu, M. Estrella Faria pense que l'on pourrait ajouter une clause restrictive comme "dans les systèmes juridiques où cela est possible" à la dernière phrase de ce paragraphe.

15. **M. Mazini** (observateur du Maroc) dit que le principe d'universalité est un principe général qui va au-delà du principe d'égalité.

16. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) convient que l'universalité du service n'est pas synonyme d'égalité du service. La troisième phrase du paragraphe 22 exprime bien la signification du principe d'universalité là où il est dit que le concessionnaire peut être tenu de développer ses installations même si cette extension n'est pas rentable dans l'immédiat ou même si, du fait de l'extension, le territoire desservi par le concessionnaire risque à terme d'inclure des zones non rentables.

17. **M. Choukri Sbaï** (observateur du Maroc), se référant au paragraphe 24, dit qu'une opération peut cesser d'être rentable pour des raisons pouvant être imputées à la mauvaise qualité du service ou aux erreurs commises par le concessionnaire et que toute indemnisation en cas de perte doit par conséquent être fondée sur une décision judiciaire.

18. **M. Lalliot** (France) pense que les préoccupations exprimées par l'observateur du Maroc à propos du principe d'universalité pourraient être prises en compte si l'on ajoutait, à la deuxième phrase du paragraphe 22, le membre de phrase "conformément au principe d'universalité des services publics".

19. **M. Zanker** (Australie) fait valoir que la réalité, qu'il ne faut pas méconnaître, est qu'une société qui ne pourrait pas faire de bénéfices ne pourrait pas fournir les services, quelles que soient les dispositions prises.

20. **M. Mazini** (observateur du Maroc) pense que la suggestion du représentant de la France améliorerait les choses. Toutefois, si la troisième phrase du paragraphe 22 parle d'une obligation d'étendre les services même si cette extension n'est pas immédiatement rentable, la quatrième phrase affaiblit cette affirmation. Il serait préférable de dire simplement que si l'extension du service entraîne des dépenses déraisonnables, les autorités devraient trouver le moyen de compenser la perte au moyen, par exemple, d'un subventionnement des tarifs.

21. **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international) fait observer que cette situation est envisagée au paragraphe 37 du projet de chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics" (A/CN.9/458/Add.3). Une indication semblable à celle qui figure dans ledit paragraphe pourrait être incluse au paragraphe 22 du chapitre V, ou bien ce dernier pourrait renvoyer au chapitre II.

22. **Le Président** dit que, dans un souci de concision, un renvoi serait préférable.

*Recommandation 4 et paragraphes 31 à 39*

23. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) fait observer que la première phrase du paragraphe 31 est circulaire et devrait être remaniée. Au paragraphe 33, la référence aux révisions de tarif doit être expliquée plus en détail. Il importe également d'éclaircir le paragraphe 34: la méthode du taux de rendement pourrait probablement être utilisée pour des projets de génération d'énergie mais pas pour des routes, par exemple.

24. S'agissant de la première phrase du paragraphe 38, il n'est pas indiqué clairement que le législateur devra tenir compte de la réaction probable des investisseurs à l'application de chacune des différentes méthodes d'ajustement des tarifs.

25. **M. Wiwen-Nilsson** (Observateur de la Suède) pense que la recommandation 4 n'est pas tout à fait claire. Si les prix sont soumis à un contrôle externe, les mécanismes de révision des prix ne seront sans doute pas stipulés dans l'accord de projet.

26. **M. Zanker** (Australie) souscrit aux observations de l'observateur de la Suède et du représentant des États-Unis d'Amérique et dit que la discussion qui figure dans les notes relatives à la recommandation 4 est quelque peu abstraite. L'important est d'indiquer que l'autorité contractante ou l'organe de réglementation doit, pour choisir la méthode à utiliser, tenir compte de la nature de l'infrastructure dont il s'agit. Une autre question qui n'est apparemment pas traitée est celle des éléments à prendre en considération, du point de vue de la maintenance et des nouveaux investissements à prévoir, pour faire en sorte que l'installation demeure à même de fournir les services en question, ainsi que la marge de rentabilité.

27. **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international) dit que les questions de réglementation sont complexes et qu'un grand nombre d'options s'offrent au pays hôte. L'application de la recommandation 4, qui n'est peut-être pas bien rédigée, dépendra du type de mécanisme de réglementation qui existe dans le pays dont il s'agit. Certains pays ont des mécanismes légaux de contrôle des tarifs et ces derniers ne peuvent être révisés que par une procédure légale ou une procédure similaire; dans d'autres, la loi stipule simplement qu'un organe ministériel s'assure que les tarifs

sont raisonnables et que tout ajustement de tarif est opéré conformément aux mécanismes prévus dans l'accord de projet.

28. **M. Estrella Faria** convient avec le représentant des États-Unis que, dans un souci de clarté, une indication appropriée pourrait être ajoutée au paragraphe 33. La discussion qui figure dans les notes est effectivement assez lapidaire.

29. **M. Zanker** (Australie) pense que le texte pourrait être développé à la lumière des observations formulées.

30. **M. Wiwen-Nilsson** (observateur de la Suède) dit que la situation varie manifestement d'un pays à un autre mais que le libellé de la recommandation 4 devra être modifié pour éviter des contradictions.

31. **Le Président** dit que le Secrétariat apportera les corrections nécessaires au texte.

*Recommandation 5 et paragraphes 40 à 43*

32. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), se référant à la recommandation 5 b), fait observer que la supervision des activités du concessionnaire peut être assurée par l'organe de réglementation plutôt que par l'autorité contractante, selon le système juridique du pays.

33. **M. Lalliot** (France) propose d'apporter une modification d'ordre rédactionnel à la version française.

*Recommandation 6 et paragraphes 44 à 46*

34. **M. Lee Yong-shik** (observateur de la République de Corée) pense que le sens de la recommandation serait sans doute plus clair si le membre de phrase "sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante" était déplacé à la fin de la phrase.

35. **M. Zanker** (Australie) considère qu'il importe de mentionner que les règles régissant l'utilisation de l'installation peuvent appeler un examen détaillé pour veiller à ce qu'elles soient conformes à la politique des pouvoirs publics. Dans le cas des installations ferroviaires administrées par plusieurs exploitants différents, par exemple, il se peut que certaines règles soient contraires à la politique établie en matière d'accès.

36. **M. Phua Wee Chuan** (Singapour) dit qu'en vertu du système qui prévaut à Singapour, le pouvoir d'édicter des règles appartient au législateur. La troisième phrase du paragraphe 45, où il est dit que le concessionnaire peut être autorisé à édicter des règles régissant l'utilisation de l'infrastructure par le public, devrait être modifiée de manière à stipuler clairement que les règles en question n'ont pas un caractère légal.
37. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), tout en convenant qu'il faut établir un équilibre délicat entre les pouvoirs constitutionnels ou législatifs, d'une part, et les pouvoirs délégués, de l'autre, ce qu'il faut entendre par les pouvoirs "inhérents à la puissance publique" dont il est question dans la dernière phrase du paragraphe 44, change constamment. Dans la dernière phrase du paragraphe 45, l'adjectif "discrétionnaire" ne paraît pas satisfaisant; ce que l'on veut dire, c'est sans doute que le droit en question ne doit pas être exercé de manière arbitraire. Or, l'on ne voit pas clairement, dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 46, si le législateur doit donner son autorisation dans chaque cas particulier ou si une loi générale s'impose pour que cette autorisation puisse intervenir.
38. **M. Mazini** (observateur du Maroc), se référant au paragraphe 45, fait observer qu'une distinction doit être établie, en matière de pouvoirs réglementaires, entre le pouvoir d'édicter des règles générales régissant l'exploitation de la concession, qui incombe à l'État ou à une autorité administrative de réglementation désignée par le législateur, et les règles ou conditions techniques particulières régissant l'utilisation de l'installation par le public, que l'exploitant est libre de déterminer, à moins que la loi n'en dispose autrement. La troisième phrase du paragraphe 45 doit être modifiée de manière à stipuler clairement que le concessionnaire n'est pas libre de déroger aux règles générales régissant un service public. M. Mazini pense aussi que le mot "discrétionnaire", dans la dernière phrase, n'est pas approprié. La condition préalable devrait être que les conditions doivent être justes, non discriminatoires et objectives.
39. **M. Lalliot** (France) souscrit aux remarques de l'observateur du Maroc. Il y a une différence entre les questions techniques d'exploitation, qui doivent être réglées dans les spécifications du contrat, et les pouvoirs de réglementation découlant de sources législatives ou supra-législatives, auxquelles il n'est pas possible de déroger. Le paragraphe 45 devrait être remanié en conséquence.
40. En ce qui concerne la quatrième phrase du paragraphe 46, l'expression "l'autorisation des organes législatifs" n'est pas très satisfaisante, tout au moins en français.
41. **M. Zanker** (Australie) relève qu'il ressort de la discussion que la question complexe et délicate de savoir qui a le pouvoir d'édicter des règles ou réglementations doit être abordée avec prudence. Une solution possible pourrait consister à donner des exemples concrets. Prenant l'exemple des chemins de fer, M. Zanker dit que, lorsque les installations ont été construites par les entreprises privées et appartiennent intégralement à des intérêts privés, le propriétaire ou l'exploitant devrait avoir le droit de déterminer les conditions auxquelles les services peuvent être utilisés par des tiers, idéalement par contrat. Il est exact, par ailleurs, que les pouvoirs "inhérents à la puissance publique" peuvent changer avec le temps.
42. **M. Choukri Sbaï** (observateur du Maroc) suggère, à la troisième phrase du paragraphe 45, de remplacer les mots "le concessionnaire est autorisé à édicter des règles régissant l'utilisation de l'infrastructure par le public" par les mots "le concessionnaire peut être autorisé à réglementer l'utilisation de l'infrastructure".
43. **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international), reconnaissant que le Secrétariat n'a pas prévu toutes les implications théoriques délicates de la recommandation, dit qu'il avait simplement à l'esprit de simples règles techniques régissant l'utilisation de l'infrastructure par le grand public. La référence au pouvoir du concessionnaire d'édicter des règles n'est pas censée impliquer un transfert au concessionnaire de pouvoirs appartenant au législateur ou inhérents à la puissance publique. Un autre aspect de la question est celui de la responsabilité du prestataire de services à l'égard de ses clients et la mesure dans laquelle cette responsabilité peut être limitée par des règles unilatérales édictées par le prestataire de services publics. Cela a des incidences sur la question très délicate de la protection des consommateurs, à propos de laquelle le Secrétariat a jugé prudent de ne pas s'étendre, mais force est de reconnaître que l'ensemble de la section doit être soigneusement remanié pour tenir compte des préoccupations exprimées.
44. **M. Mazini** (observateur du Maroc) pense qu'il importe de spécifier que le concessionnaire n'est pas libre d'édicter des règles techniques contraires aux règles ou principes législatifs régissant l'exploitation d'infrastructures. L'expérience du

Maroc dans le domaine des télécommunications montre que même certaines règles techniques peuvent affecter la continuité, l'égalité, l'accessibilité et l'universalité des services publics.

*Garanties de bonne fin et assurance (recommandation 7 et paragraphes 47 à 58)*

45. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) pense qu'il faudrait indiquer clairement dans les notes que les garanties de bonne fin et autres types de garanties de bonne exécution doivent être prévues dans la sollicitation de propositions. Il souhaiterait savoir si des garanties de bonne fin doivent être exigées pendant toute la période couverte par le contrat si une concession est accordée à perpétuité. Certes, de telles concessions sont rares, mais il est probable qu'elles deviendront plus communes à l'avenir. La différence entre les garanties de bonne fin et les garanties de bonne exécution, au paragraphe 48, n'est pas claire dans le contexte actuel.

46. **M. Wallace** pense que, si le concessionnaire est autorisé à fixer le montant dû au titre de la garantie ou de la lettre de crédit "stand-by" sous forme d'un pourcentage réduit du coût du projet, comme suggéré à la fin du paragraphe 52, une indication à cet effet devrait être incluse dans la sollicitation de propositions. Par ailleurs, à la huitième phrase du paragraphe 56, **M. Wallace** se demande si l'expression "défauts tardifs" ne devrait pas en fait se lire "vices cachés". Enfin, dans la dernière phrase de ce paragraphe, le mot "abandonnée" devrait peut-être être remplacé par le mot "suspendue".

47. **M. Lalliot** (France) fait savoir qu'il n'existe encore en France aucune disposition législative relative aux garanties de bonne fin mais que la question est à l'ordre du jour des débats qui doivent avoir lieu prochainement sur la réforme du code des marchés publics. À l'avant-dernière phrase du paragraphe 49, il y a lieu de se demander si des procédures d'arbitrage sont le seul contexte dans lequel la responsabilité de l'entrepreneur doit être prouvée.

48. **M. Zanker** (Australie) pense lui aussi que les mots "défauts tardifs", au paragraphe 56 devraient être remplacés par les mots "vices cachés".

49. **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international) confirme que c'est effectivement l'expression "vices cachés" qui doit figurer dans le texte.

50. L'avant-dernière phrase du paragraphe 49 sera révisée de manière à mentionner les procédures de règlement des différends plutôt qu'uniquement les procédures d'arbitrage.

51. En réponse aux questions posées par le représentant des États-Unis, **M. Estrella Faria** explique que, par une garantie de bonne exécution, le garant s'engage à faire achever les travaux si l'entrepreneur initial ne le fait pas plutôt que de payer simplement une somme d'argent comme dans le cas des autres types de garanties. S'agissant des garanties perpétuelles, **M. Estrella Faria** croit savoir que les compagnies d'assurance ne fournissent déjà que difficilement des garanties de bonne fin pour des périodes aussi longues que celles que couvrent habituellement de tels projets et qu'il serait donc encore plus difficile d'obtenir les garanties à perpétuité.

52. **M. Kaerle** (observateur de la Pan-American Surety Association) confirme l'explication donnée par le représentant du Secrétariat. Les compagnies d'assurance et particulièrement de réassurance n'acceptent que très difficilement de couvrir un concessionnaire ou un consortium pendant une période de 20 ou 30 ans. Quelques solutions sont suggérées au paragraphe 59, mais le problème n'est pas encore résolu.

53. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que sa question portait sur la différence entre les garanties de bonne fin et de bonne exécution.

54. **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international) dit que les garanties de bonne fin relèvent de la catégorie des garanties non monétaires. Il s'agit semble-t-il d'une forme de garantie accessoire qui se distingue des garanties à première demande, y compris des lettres de crédit "stand-by" en ce sens que ces dernières sont payables dès lors que le porteur affirme qu'il y a eu violation du contrat, tandis que cela doit normalement être démontré dans le cas des garanties accessoires.

55. **M. Kaerle** (observateur de la Pan-American Surety Association) relève que, selon la première phrase du paragraphe 54, une garantie accessoire exige généralement du bénéficiaire qu'il prouve la défaillance de l'entrepreneur et l'étendue de la perte qu'il a subie. Il faudrait peut-être mentionner les règles de la Chambre de commerce internationale qui permettent au bénéficiaire d'invoquer une garantie accessoire dès qu'une tierce partie indépendante, désignée par toutes les parties en cause, a établi un certificat de non-exécution ou de défaillance du concessionnaire et a déterminé l'étendue de la perte subie par le bénéficiaire.

56. **Le Président** dit qu'il sera tenu compte de ces observations mais que ces questions seront discutées plus en détail à un stade ultérieur.

*Changements de circonstance (recommandation 8 et paragraphes 59 à 68)*

57. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare qu'en dépit du renvoi aux paragraphes 33 à 37 qui figure après la mention d'une clause d'indexation, au paragraphe 59, le mot "indice" n'apparaît que deux fois dans lesdits paragraphes. Il n'a pas pu trouver non plus de référence antérieure aux contrats d'approvisionnement en combustible.

58. S'agissant de la deuxième phrase du paragraphe 65, ce n'est pas le concessionnaire qui devrait négocier des mécanismes qui prévoient une certaine protection contre les effets financiers et économiques négatifs d'événements extraordinaires ou imprévus; de tels mécanismes doivent être prévus dans la sollicitation de propositions. Dans la même phrase, en anglais, les mots "*had they been taken into account*" devraient se lire "*had the events been taken into account*". Par ailleurs, M. Wallace se demande si le mécanisme en question ne serait pas, dans bien des cas, une clause d'ajustement des tarifs du type qui a déjà été discuté.

59. La dernière ligne du paragraphe 68 devrait être modifiée de manière à établir une distinction plus claire entre deux points différents. Premièrement, l'opportunité de fixer un plafond au montant cumulatif des révisions périodiquement apportées à l'accord de projet et, deuxièmement, le montant à prévoir.

*Clauses exonératoires (recommandation 9 et paragraphes 69 à 79)*

60. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare que le libellé du paragraphe 71 est confus en ce sens que l'avant-dernière phrase saute à une question différente, sans rapport avec la difficulté qu'il y a à énumérer tous les cas de force majeure possible. En outre, dans la clause finale du paragraphe 72, en anglais, les mots "*the concessionaire*" manque avant le mot "*cannot*". Enfin, il serait bon de savoir ce que recouvre l'expression "procédure spéciale" à la dernière phrase du paragraphe 73.

61. **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international) convient que le libellé de la fin du paragraphe 73 pourrait être plus clair. L'idée est que soit il peut être prévu que l'événement en question produit automatiquement certains effets juridiques, soit que la question peut être soumise à un organe de règlement des différends, lequel devrait par exemple établir tout d'abord si l'événement dont il s'agit peut véritablement être considéré comme un empêchement exonératoire.

62. **M. Lalliot** (France) dit qu'il a lui aussi été surpris par l'expression "procédure spéciale". Étant donné l'importance du sujet, ce paragraphe appelle des éclaircissements. L'intention est sans doute de permettre aux parties de définir ce qu'elles entendent par "circonstances exonératoires". En outre, la signification de la référence, dans la première phrase, à la nécessité de donner aux parties la liberté nécessaire "pour prendre toutes dispositions utiles" n'est pas claire.

63. **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international) explique que le texte est délibérément vague pour tenir compte du fait que, dans certains systèmes juridiques, il peut y avoir des limites à la latitude qu'ont les parties de définir soit les circonstances exonératoires, soit leurs conséquences, tandis que, dans d'autres, les parties ont plus de liberté à cet égard. Pour tenir compte des observations du représentant de la France, l'on pourrait ajouter une référence aux limites que le droit applicable peut imposer aux pouvoirs des parties. S'agissant de la deuxième phrase, une circonstance exonératoire produit des effets juridiques immédiats dans certains systèmes tandis que dans d'autres, si les parties optent pour une procédure spéciale, les effets ne prennent naissance qu'à la date de la décision rendue à la suite d'une telle procédure. M. Estrella Faria convient que la phrase devrait être éclaircie.

64. **M. Lalliot** (France) dit qu'il faut établir une distinction nette entre l'exonération des responsabilités et l'exemption de l'obligation d'exécuter le contrat. En droit français, l'entrepreneur peut être exonéré de responsabilité mais peut être tenu de poursuivre l'exécution du projet, si cela est matériellement possible, même si ce n'est plus rentable, sous réserve du droit de recevoir ultérieurement une indemnisation.

*Défaillances et recours (recommandations 10 et 11 et paragraphes 80 à 91)*

65. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), se référant à la recommandation 11, estime que l'expression "manque

gravement" risque de pas être claire pour le lecteur en dehors du contexte de la CNUDCI.

66. À la quatrième phrase du paragraphe 81 des notes, l'expression "l'examen de l'autorité contractante par des fonctionnaires de rang supérieur" devrait sans doute se lire "l'examen par l'autorité contractante et par ...". À la dernière phrase du paragraphe 84, le texte devrait dire qu'il importe de "limiter" plutôt que de "réserver" le droit de l'autorité contractante d'intervenir dans certains cas. La phrase précédente interrompt le fil de l'idée exprimée dans le paragraphe et devrait être insérée ailleurs.

67. À la deuxième phrase du paragraphe 86, le mot "motivée" devrait peut-être être remplacé par le mot "causée" ou "exigée". À la première phrase du paragraphe 87, il serait bon d'insérer le mot "néanmoins" après les mots "il peut". En ce qui concerne la première phrase du paragraphe 91, l'on pourrait peut-être ajouter une indication pour tenir compte de la nécessité éventuelle d'ajuster en conséquence les obligations énoncées dans l'accord de projet.

68. **M. Mazini** (observateur du Maroc), rappelant les réserves qu'il a formulées à propos de la cession de concessions, fait observer que les paragraphes 87 à 90 semblent sous-entendre que les prêteurs ont un droit de préemption. M. Mazini éprouve également des doutes touchant la référence, au paragraphe 90, à la nécessité pour l'autorité contractante de suivre les mêmes procédures que pour la sélection du concessionnaire initial s'il s'avère nécessaire de sélectionner un nouveau concessionnaire.

69. **M. Lalliot** (France) déclare qu'il faut éclaircir la deuxième phrase du paragraphe 81 étant donné que, dans certains systèmes juridiques, le droit de révision est une prérogative du législateur. La distinction établie dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 81 entre les obligations essentielles et les obligations secondaires ou accessoires est quelque peu confuse dans le contexte des sanctions et appelle d'autres explications.

70. M. Lalliot souhaiterait savoir ce que recouvre l'expression "apparemment irrémédiable", dans la dernière phrase du paragraphe 88, ainsi que l'expression "un droit implicite d'intervention" dans la dernière phrase du paragraphe 89.

71. Comme le représentant du Maroc, M. Lalliot éprouve des réserves touchant la cession des concessions. Le paragraphe 90 ne fait pas apparaître assez clairement les

différences entre les divers systèmes juridiques, dont certains exigent une autorisation du législateur s'agissant d'une question aussi fondamentale.

72. **M. Zanker** (Australie), rappelant qu'une observation a été formulée à propos de l'expression "manque gravement", dans la recommandation 11, pense que la dernière phrase du paragraphe 88, qui évoque le droit de l'autorité contractante d'intervenir en cas de dysfonctionnement spécifique, temporaire et grave du service, éclaire sans doute ce qu'il faut entendre par cette expression. M. Zanker cite l'exemple récent d'une panne totale de la distribution de gaz dans une région de l'Australie pour illustrer ce que l'on veut sans aucun doute dire. Il faut que la terminologie utilisée soit cohérente.

73. **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international) explique que les droits d'intervention, un concessionnaire étant remplacé par un autre d'un commun accord entre l'autorité contractante et le prêteur, reflètent une pratique de plus en plus commune dans le cas des grands projets internationaux d'infrastructure, encore qu'il soit certes difficile de concilier cette pratique avec des principes comme celui de la non-cessibilité d'une concession ou du caractère personnel d'une délégation de services publics. Le guide législatif décrit par conséquent cette pratique, tout en relevant les difficultés qu'elle peut susciter, spécialement dans les pays de tradition romaniste. La première phrase du paragraphe 90 mentionne ce point, peut-être sous forme comprimée. Dans certains pays d'Amérique latine, il a été promulgué récemment des lois contenant des dispositions autorisant expressément le transfert d'une concession en pareilles circonstances. La dernière phrase du paragraphe 89 évoque la possibilité qui existe dans certains pays de constituer une sûreté sur l'intégralité des droits et intérêts du concessionnaire. Ce système est décrit en détail au chapitre IV du guide. En ce qui concerne l'expression "apparemment irrémédiable", il découle de la dernière phrase du paragraphe 88 que la possibilité pour le prêteur d'intervenir est un cas extrême et que ce droit ne serait exercé que lorsque cela est inévitable. La phrase du paragraphe 81 mentionnant des obligations secondaires ou accessoires n'apporte effectivement pas grand-chose au paragraphe et pourrait être supprimée.

74. L'expression "manque gravement" est utilisée pour refléter les différentes expressions employées dans les législations nationales et se retrouve dans d'autres textes élaborés par la Commission. Elle désigne une situation qui équivaut à un dysfonctionnement apparemment irrémédiable du service et n'implique pas une rupture du contrat.

75. **M. Choukri Sbaï** (observateur du Maroc) exprime des réserves touchant la pratique mentionnée au paragraphe 91.

Une distinction doit être établie entre l'accord initial conclu entre l'autorité contractante et le concessionnaire, qui est soumis à certaines règles, par exemple de transparence, d'objectivité et de compétitivité, et l'accord conclu entre le prêteur et le concessionnaire, qui est lui aussi subordonné à certains critères et fondé sur les garanties qui doivent être accordées aux prêteurs. La désignation par le prêteur d'un nouveau concessionnaire peut déboucher sur des décisions arbitraires. Le paragraphe devrait être libellé de manière à stipuler clairement que l'autorité contractante peut faire objection à la désignation d'un nouveau concessionnaire.

76. **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international) fait observer que le paragraphe 91 prévoit la possibilité d'un refus de la part de l'autorité contractante. La version arabe n'est peut-être pas claire et sera revue.

77. **M. Choukri Sbaï** (observateur du Maroc) déclare que c'est l'autorité contractante qui devrait proposer le nouveau concessionnaire au prêteur plutôt que l'inverse.

78. **Le Président** dit qu'il est dans l'intérêt aussi bien du prêteur que de l'autorité contractante d'assurer la continuité du projet et qu'il y a lieu de tenir compte des intérêts des deux parties.

79. **M. Kashiwagi** (Japon) pense que le paragraphe 91 devrait être maintenu sous sa forme actuelle étant donné qu'il reflète la pratique récente.

80. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) suggère que les réserves exprimées par l'observateur du Maroc pourraient être prises en considération en ajoutant une expression comme "d'un commun accord" dans le passage du paragraphe où il est question du nouveau concessionnaire.

*Chapitre VI. Achèvement du projet, prorogation et résiliation (A/CN.9/458/Add.7)*

81. **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international), présentant le chapitre VI, dit qu'il s'agit d'un chapitre tout à fait nouveau qui a trait non pas à la durée de l'accord de projet mais à ce qu'il advient après que celui-ci a pris fin et à la prorogation et à la résiliation de l'accord et aux conséquences de cette résiliation.

*La séance est levée à 16h55.*