



Assemblée générale

Distr. générale
12 octobre 1998
Français
Original: anglais

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Trente et unième session

COMPTE RENDU ANALYTIQUE DE LA 633^e SÉANCE

tenue au Siège, à New York,
le lundi 1^{er} juin 1998, à 15 heures.

Président: M. MAZILU (Roumanie)

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 de la Section d'édition des documents officiels, Bureau des services de conférence, bureau DC2-750, 2 United Nations Plaza.

Les rectifications éventuelles aux comptes rendus des séances de la présente session seront groupées dans un rectificatif unique, qui sera publié peu après la clôture de la session.

La séance est ouverte à 15 h 10.

PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ (suite) (A/CN.9/444 et Add.1 à 5)

Observations générales sur le projet de chapitres du guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé (suite) (A/CN.9/444)

1. M. RESTREPO-URIBE (Colombie) dit que, malgré la complexité des questions en cause, il importe de faire fond sur le précieux travail effectué par le secrétariat pour élaborer les projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé. Le guide permettra aux gouvernements d'optimiser la planification et l'exécution des projets et intéressera aussi les autorités locales qui, souvent, manquent d'expérience pour le suivi de projets de développement.
2. M^{me} GUREYEVA (Fédération de Russie) dit que s'il est vrai que le sujet est complexe, sensible et relativement nouveau, le principal objectif de la Commission doit être de mettre définitivement au point les projets de chapitres du guide, lequel pourra ultérieurement servir de base à des contrats types.
3. M. LALLIOT (France) dit que l'idée de reprendre des dispositions du guide dans des contrats types n'est peut-être pas la meilleure approche. Il importe d'abord de déterminer si les dispositions du guide doivent avoir un caractère contraignant ou souple. La France préférerait une approche plus souple qui laisserait une plus grande marge de manœuvre aux États.
4. M. OLIVENCIA RUIZ (Espagne) reconnaît les difficultés qui résultent des différences d'ordre conceptuel et terminologique entre les traditions internes des États dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé. C'est pourquoi il propose la création d'un groupe de travail qui serait chargé d'élaborer une série de projets de lois types, sur lesquels la Commission serait peut-être prête à prendre une décision à sa session suivante.
5. M^{me} GIOIA (Italie) dit que l'un des principaux objectifs de la Commission à sa session en cours devrait être de rechercher un équilibre entre l'intérêt général par le maintien d'un contrôle sur les projets d'infrastructure, et les intérêts des parties privées finançant les projets, qui s'intéressent davantage à leur exécution concrète.
6. M^{me} SABO (Observatrice du Canada) appuie la proposition faite par le représentant de l'Espagne de constituer un groupe de travail afin d'approfondir l'examen du projet de guide législatif. Une décision sur le point de savoir si le guide devrait contenir des exemples de dispositions ou de clauses contractuelles pourra éventuellement être prise le moment venu.
7. M. ESTRELLA FARIA (Service du droit commercial international) appelle l'attention de la Commission sur la proposition figurant au paragraphe 31 du document A/CN.9/444 tendant à ce que la Commission consacre les cinq premiers jours de la session à un examen approfondi du projet de guide législatif. La Commission pourra en conséquence souhaiter examiner la structure proposée du guide, la conception des projets de chapitres et, s'il y a lieu, l'opportunité de formuler les recommandations sur la législation sous la forme d'exemples de dispositions afin d'illustrer les solutions législatives possibles aux questions traitées dans le guide.
8. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit que, eu égard aux nombreuses différences existant dans les législations nationales régissant les projets d'infrastructure à financement privé, il pourrait être préférable de se concentrer sur l'élaboration d'une série de grands principes fondamentaux auxquels pourraient se référer les législateurs nationaux, plutôt que sur l'élaboration de dispositions législatives contraignantes. Il serait en outre impossible, pour la Commission, de terminer ses travaux en temps voulu si elle tentait de régler les nombreux problèmes que poserait l'élaboration de dispositions contractuelles.
9. Le PRÉSIDENT constate qu'il semble exister un accord général pour que le guide proposé soit un instrument souple. L'approche la plus constructive pour l'examen des projets de dispositions est peut-être de suivre la proposition énoncée dans le rapport du Secrétaire général (A/CN.9/444) et reprise par le représentant du Bureau des affaires juridiques, et d'entreprendre l'examen de l'additif au rapport du

Secrétaire général qui présente des informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé (A/CN.9/444/Add.1).

10. Il en est ainsi décidé.

Paragraphes 1 à 29

11. M. GUISLAIN (Observateur de la Banque mondiale) dit qu'il serait peut-être possible de raccourcir l'introduction en supprimant l'analyse de la privatisation des infrastructures publiques et de l'exploitation des ressources naturelles qui fait l'objet des paragraphes 5 à 7.

12. M. WALLACE (États-Unis d'Amérique) dit qu'il partage de manière générale le point de vue exprimé par le représentant de la Banque mondiale. Le projet de guide est censé être un instrument destiné à faciliter la tâche des législateurs nationaux, mais il n'est pas facile d'en déterminer la portée.

13. M. LALLIOT (France) dit qu'il serait plus exact d'employer, plutôt que "État", un terme plus extensif et plus générique tel que "collectivité publique" ou "personne publique", puisque les contrats peuvent aussi être attribués par des personnes morales autres que l'État. De plus, l'expression "exploitant privé" ne serait acceptable que si le texte ne faisait pas référence à d'autres types d'exploitants, ce qui n'est pas le cas. Peut-être serait-il dès lors préférable de supprimer purement et simplement l'adjectif "privé". Lorsque l'on examine le régime d'exploitation, il est important de faire le départ entre la description d'une activité et la description de l'organe qui exerce cette activité. Enfin, au paragraphe 28, la traduction exacte en français du mot anglais "procurement" serait plutôt "passation de contrats" que "passation de marchés". Par ailleurs, dans le même paragraphe, le mot "adjudication" pour traduire le terme anglais "award" semble mal choisi.

14. M^{me} ALLEN (Royaume-Uni) dit qu'il faudrait modifier la définition du "contrat clefs en main" au paragraphe 29 pour les distinguer des "contrats de gestion de projet".

15. M. LAMBERTZ (Observateur de la Suède), à propos de la conduite du débat, demande si le secrétariat sera chargé de donner suite aux observations faites par les membres de la Commission, et si celle-ci prendra des décisions sur la base du débat général.

16. Il admet qu'un texte par trop volumineux aurait un caractère écrasant et qu'il ne faudrait retenir que les points forts.

17. Le PRÉSIDENT propose que les questions relatives aux principes soient décidées par la Commission, tandis que le Secrétariat pourrait s'occuper des questions techniques. Il est important que les membres de la Commission aient la possibilité d'avoir un échange de vues sur les questions de principe.

18. M. KOVAR (États-Unis d'Amérique) dit que, pour simplifier le texte et le rendre plus clair, le secrétariat pourrait rechercher, en concertation avec les spécialistes compétents, d'autres moyens de présenter les définitions aux paragraphes 8 à 29.

19. Il propose aussi d'introduire dans le texte les notions de "developper" et "sponsor", dont sa délégation présentera une proposition de définition.

20. M^{me} NIKANJAM (République islamique d'Iran) dit qu'il est déroutant de trouver une section relative à la terminologie pratiquement au début du guide et qu'en outre, certaines expressions sont relativement vagues. Elle propose que des modifications soient apportées pour rendre le texte parfaitement explicite.

21. M. CHOUKRI (Observateur du Maroc) signale une contradiction apparente entre la première phrase du paragraphe 7 du document A/CN.9/444/Add.1 et la troisième phrase du paragraphe 2 du document A/CN.9/438/Add.1, qui toutes deux concernent la portée du guide. Il se demande s'il y a eu une évolution dans l'approche de la Commission et s'interroge sur le lien entre privatisation et exploitation de ressources naturelles. Il serait préférable de supprimer purement et simplement le paragraphe 7.

22. M. ESTRELLA FARIA (Service du droit commercial international), répondant aux remarques de l'observateur du Maroc, renvoie au paragraphe 240 du rapport de la Commission sur les travaux de sa

trentième session (A/52/17) où est relaté l'accord, au sein de la Commission, pour ne pas traiter des opérations de "privatisation" des biens de l'État par vente de ces biens, ou vente de parts d'entités du secteur public, au secteur privé. Il n'y a eu aucune évolution depuis l'examen du projet en 1997.

23. S'agissant de l'emploi du mot "concession", il rappelle que celui-ci est souvent utilisé dans de nombreux systèmes juridiques et qu'il a donc paru justifié de l'inclure, en tant que concept, au paragraphe 7. Cela dit, si les membres de la Commission jugent le projet trop long, le Secrétariat prendra en considération leurs observations pour élaborer la version révisée.

24. M. AL-ZEAD (Observateur du Koweït), faisant référence au paragraphe 14, demande des précisions sur la sous-traitance de concessions.

25. M. ESTRELLA FARIA (Service du droit commercial international) dit que le représentant du Koweït trouvera dans certaines sections du document A/CN.9/444/Add.5 une réponse complète à sa question.

26. M. LIU Yang (Chine) dit que c'est au paragraphe 17, et non au paragraphe 16 comme il est dit au paragraphe 20, que figure la définition de la formule "CET".

Paragraphe 30 à 43

27. M. CARNEGIE (Centre de l'Institut de droit des Caraïbes) dit que, bien que les "sources étrangères de capitaux" soient examinées dans la suite du texte, le sujet est suffisamment important pour mériter de figurer parmi les informations générales de la section B.

28. M. PEREZ (Colombie) dit que certaines des informations présentées dans les paragraphes 31 à 34 pourraient figurer dans la partie précédente du texte relative à l'objectif et à la portée du guide, et que l'historique des projets à l'examen pourrait être supprimé.

29. M. LALLIOT (France) pense qu'au contraire, les références historiques rappelleront aux lecteurs les fondements théoriques des concepts et des termes pertinents.

30. M. GUISLAIN (Observateur de la Banque mondiale) souscrit au point de vue du représentant de la France, en faisant observer que les législateurs oublient souvent que la participation du secteur privé au développement des infrastructures et des services n'est pas un phénomène nouveau.

31. M. RESTREPO-URIBE (Colombie) dit que sa délégation ne sous-estime pas l'intérêt de la tâche accomplie par le secrétariat pour tenter de résumer les aspects historiques du guide législatif. La place d'un tel rappel historique serait plutôt dans l'introduction que dans le corps même du texte.

32. M^{me} NIKANJAM (République islamique d'Iran) conteste la nécessité d'un rappel historique concernant les projets d'infrastructure à financement privé.

Paragraphe 44 à 61

33. M. CHOUKRI (Observateur du Maroc) dit que l'emploi de l'adjectif "commercial" au paragraphe 46 est trompeur, tous les projets ayant un caractère commercial du point de vue des banques.

34. Il remercie le secrétariat d'avoir prêté une attention particulière aux institutions financières islamiques auxquelles est consacré le paragraphe 53. Il craint toutefois que la dernière phrase de ce paragraphe ne laisse penser que ces institutions sont les seules à exercer une surveillance particulière. Il propose donc que cette dernière phrase soit supprimée.

35. M. RENGER (Allemagne) propose d'ajouter les mots "et les actionnaires du projet" après le mot "emprunteur" à l'avant-dernière phrase du paragraphe 48.

36. Au paragraphe 50, il devrait être souligné que les investisseurs institutionnels exigent souvent des cotes de solvabilité de leurs emprunteurs.

37. M^{me} ALLEN (Royaume-Uni) propose que les organismes de crédit à l'exportation soient mentionnés au paragraphe 56 comme ils le sont au paragraphe 57.

38. M. LIU Yang (Chine) dit que les paragraphes 48 et 49 mettent trop l'accent sur les prêts privilégiés étant donné que, dans le droit interne de certains pays, il peut n'exister aucune forme privilégiée de dette même si la dette est garantie.
39. M. GUISLAIN (Observateur de la Banque mondiale) dit que, au paragraphe 44, il faudrait soit donner une définition plus exacte des projets en partenariat entre le secteur public et le secteur privé, soit ne pas mentionner de tels projets.
40. À l'alinéa d) de la section 3, il importe de mentionner expressément le placement d'actions sur le marché financier.
41. Au paragraphe 54, les services consultatifs devraient être mentionnés comme un élément du rôle que jouent les organismes financiers internationaux.
42. M. SHANKS (États-Unis d'Amérique) dit que la notion de financement sans recours ou à recours limité devrait apparaître plus tôt, dans la section B.3, et être davantage mise en évidence. Il faudrait aussi souligner le rôle que le financement par le marché des capitaux, y compris l'appel au marché local, peut jouer dans le développement de projets d'infrastructure. M. Shanks souscrit également aux observations faites par la représentante du Royaume-Uni quant à la mention des organismes de crédit à l'exportation.
43. M. LALLIOT (France) dit que les références à la "phase d'exploitation" des projets devraient être déplacées à la fin de la section 4, c'est-à-dire juste avant l'examen des phases de l'exécution à la section 5.
44. Pour ce qui est du paragraphe 48, il n'est pas certain que son libellé soit totalement compatible avec le droit français, qui pose en principe qu'aucune entité publique ne peut être privée de ses actifs.
45. M. ESTRELLA FARIA (Service du droit commercial international) dit que le point soulevé par la France est pris en considération dans une autre partie du guide. Toutefois, en vue de répondre à cette objection, le membre de phrase "dans la mesure où les lois du pays d'accueil l'autorisent" pourrait être ajouté à la phrase du paragraphe 48 faisant état du recours à des clauses de nantissement négatives.
46. M^{me} GÜRAY (Observatrice de la Turquie) propose que les mots "garanties partielles" soient ajoutés après le mot "garanties" à la deuxième ligne du paragraphe 54.
47. M. OLIVENCIA RUIZ (Espagne) dit que le terme employé au paragraphe 45 pour désigner les types de participation au capital social devrait être suffisamment vaste pour couvrir tous les participants, qui ne sont pas nécessairement des consortiums ou des sociétés.
48. M. AL-ZEAD (Observateur du Koweït) propose qu'au paragraphe 50, l'expression "organismes d'assurance" soit préférée à "compagnies d'assurance".

La séance est suspendue à 17 heures; elle reprend à 17 h 25.

Paragraphe 62 à 92

49. M^{me} ALLEN (Royaume-Uni) dit, à propos du paragraphe 87, que dans son pays, les modes de rémunération des entreprises peuvent être de deux ou même trois types: une commission de mise à disposition, une rémunération des services et parfois des paiements liés au volume.
50. À propos du paragraphe 89, elle souligne qu'au Royaume-Uni, les assureurs conçoivent des montages d'assurance de projet pleinement intégrés, ce qui limite le risque que les polices d'assurance ne couvrent pas tous les aléas et diminue le coût global du projet.
51. M. OLIVENCIA RUIZ (Espagne), à propos des paragraphes 68 à 71 suivant le titre "La société de projet et ses actionnaires", renvoie à ce qu'il a déjà dit à propos de la terminologie excessivement restrictive utilisée pour désigner les types d'entité qui peuvent mener à bien des projets. Ces entités peuvent être différentes sortes de consortiums dont les membres n'ont pas toujours le même statut juridique, ou des unions temporaires de sociétés participant à un projet déterminé.

52. M. Olivencia Ruiz s'oppose aussi à ce que soient visés les actionnaires: il faudrait viser les membres de consortiums ou les participants à ceux-ci.

53. M. LALLIOT (France) appuie pleinement les observations de l'orateur précédent, et appelle l'attention sur un concept présenté au paragraphe 66 qui sera source de problèmes au moins pour les membres de l'Union européenne. Le membre de phrase qui se lit: "En outre, elles [les autorités du pays hôte] peuvent souhaiter créer des possibilités d'emplois pour les travailleurs locaux ..." est en contradiction avec l'article 6 du Traité de Rome qui interdit toute forme de discrimination fondée sur la nationalité. On pourrait résoudre le problème en nuanciant l'affirmation par la formule: "... sous réserve des dispositions pertinentes des lois nationales".

54. M. GUISLAIN (Observateur de la Banque mondiale) dit que le paragraphe 66 pose la question importante de savoir ce que peuvent être les objectifs des autorités d'un pays hôte lorsqu'elles veulent faire participer le secteur privé, et la première phrase, qui exprime l'intérêt des autorités du pays hôte à se faire remettre une infrastructure de qualité qui profitera à l'économie nationale en offrant les services requis, est au moins aussi valable que toute autre définition. Il admet toutefois, comme l'a dit le précédent orateur, que la deuxième phrase du paragraphe 66 pourrait poser un problème, en ajoutant qu'un contrat d'infrastructure privée n'est pas le meilleur moyen de créer des emplois ou de transférer une technologie de pointe. L'objectif devrait être avant tout de créer une bonne infrastructure et, plus la technologie est simple, mieux cela vaut. La deuxième phrase devrait donc être supprimée et remplacée, quelque part dans le guide, par un libellé appelant l'attention des gouvernements sur les raisons pour lesquelles ils veulent un projet particulier et les incitant à s'assurer que leurs objectifs seront atteints grâce à la législation qu'ils adopteront et aux contrats qu'ils concluront.

55. À son avis, au paragraphe 68 comparé au paragraphe 86, l'accent est trop mis sur les sociétés de construction lourde. Eurotunnel et d'autres expériences ont montré que ce n'est pas sur elles qu'il faut mettre l'accent: l'objectif, là encore, est la fourniture de services et, dans un tel contexte, ce ne sont pas des sociétés de construction en tant que concessionnaires qui viennent immédiatement à l'esprit. C'est pourquoi les gouvernements devraient être encouragés à retenir des sociétés chevronnées dans la fourniture de services plutôt que dans la construction, et ayant fait leurs preuves sous l'angle de l'efficacité et de la productivité, qui feront alors appel à des entrepreneurs et ainsi de suite.

56. Il y a dans les projets de chapitres de nombreuses références, implicites et explicites, aux risques de conflits d'intérêts. Ces risques ne peuvent être sous-estimés.

57. Dans le contexte du paragraphe 91, il faut se garder de s'appuyer sur les banques d'affaires pour analyser l'économie d'un projet ou des questions fondamentales touchant à la structure des secteurs et à la concurrence. Alors que de telles analyses sont essentielles dans la perspective de projets d'infrastructure à financement privé, pour les banques d'affaires, la rémunération dépend du montant de la transaction. Or, les intérêts du pays en cause ne sont pas nécessairement mieux servis lorsque les sommes d'argent en cause sont plus importantes; mais ils le sont en revanche par des services de qualité dans un environnement concurrentiel.

58. M. RENGER (Allemagne) dit que si la Commission souhaite condenser le document A/CN.9/444/Add.1, la section B.4 "Parties aux projets d'infrastructure" sera concernée au premier chef puisque de nombreuses parties sont déjà mentionnées dans la section B.3 et qu'il devrait y avoir des possibilités de fusion.

59. Le paragraphe 77 traite des moyens par lesquels les prêteurs peuvent se protéger des risques, y compris les risques avant achèvement. Il n'est pas question à cet égard de garanties d'achèvement, alors que certains prêteurs ne sont prêts à assumer aucun risque antérieur à l'achèvement.

60. Au paragraphe 89, relatif aux assureurs, les réassureurs ne sont pas mentionnés alors que pour de nombreux participants à des projets, les mécanismes de réassurance sur le marché international revêtent une très grande importance.

61. Au paragraphe 90, il devrait être mentionné que le rôle des experts et conseillers indépendants concerne également les prêteurs, lesquels sollicitent fréquemment les services d'ingénieurs et de conseils en assurance.
62. M. CHOUKRI (Observateur du Maroc) pense, à l'instar du représentant de l'Espagne, qu'il n'est pas nécessaire de viser les actionnaires aux paragraphes 68 et suivants, et que les participants à des projets peuvent avoir différents statuts juridiques: ainsi, un participant pourrait être une société à responsabilité limitée qui n'émet pas d'actions. Par ailleurs, les actionnaires ne se réunissent qu'une ou deux fois par an lors des assemblées générales annuelles ou extraordinaires, alors que la direction est en permanence responsable; les actionnaires cherchent à concilier des rendements élevés et immédiats et la sécurité, alors que la direction participe directement aux projets de la société dont certains peuvent durer des années; et la participation des actionnaires à un projet donne les éloignes d'autant plus de tout autre projet que peut avoir une société.
63. Il faudrait donc supprimer toute référence aux actionnaires ainsi que le paragraphe 69 dans son intégralité.
64. M^{me} GUILLÉN (Venezuela) dit, à propos du paragraphe 65, que dans la version espagnole à l'avant-dernière ligne, les mots "que a la autoridad" devraient être remplacés par "que la autoridad comisione o delegue".
65. M. LALLIOT (France) appuie les commentaires et conclusions de l'observateur du Maroc.
66. Il souscrit à l'avis exprimé par le représentant de la Banque mondiale à propos des transferts de technologie de pointe mentionnés au paragraphe 66; toutefois, au lieu de supprimer la deuxième phrase du paragraphe, il serait préférable d'adopter un libellé plus nuancé qui encouragerait les transferts de technologie.
67. Il n'admet pas les remarques du représentant de la Banque mondiale concernant Eurotunnel et aimerait savoir si celles-ci visaient les transferts de technologie. Il rappelle que dans le cas d'Eurotunnel, il s'agissait d'une concession quadripartite entre la France, le Royaume-Uni et deux principaux concessionnaires, l'un du Royaume-Uni et l'autre de la France. Il n'y a jamais eu aucun problème à propos des transferts de technologie. Il n'y a eu aucun problème, à sa connaissance, avec Eurotunnel.
68. M. GUISLAIN (Observateur de la Banque mondiale) répond qu'il a mentionné Eurotunnel à propos de la participation à des projets d'exploitants plutôt que d'entreprises de construction: les pouvoirs publics devraient choisir des entreprises à même de fournir des services d'un prix et d'une qualité déterminés. Eurotunnel, quoique exemplaire sous l'angle technique, n'a pas été une grande réussite commerciale.
69. Sa remarque à propos des transferts de technologie concernait spécifiquement les transferts de technologie de pointe: la priorité, s'agissant de la fourniture de services publics, n'est pas la technologie employée, ni même le nombre d'emplois créés, mais c'est le juste service au juste prix: tel devrait être l'objectif des autorités.
70. M. LALLIOT (France), répondant aux propos du précédent orateur, dit qu'il siège, au nom du Gouvernement français, dans les organes directeurs de projets communs entre le Royaume-Uni et la France, dont Eurotunnel, projet qui a été parfaitement mené sous l'angle technique et qui l'a été aussi sous celui de sa gestion commerciale et du choix des concessionnaires. Il ne voit pas sur quoi le représentant de la Banque mondiale a pu fonder ses remarques et peut, pour sa part, fournir les derniers états financiers des concessionnaires faisant ressortir que la restructuration financière a été possible parce que les perspectives commerciales d'Eurotunnel sont très bonnes. De plus, à supposer qu'il y ait effectivement un quelconque problème, il intéresserait la France et le Royaume-Uni, et non la Banque mondiale.
71. M^{me} MUSOLINO (Australie), se référant à l'observation du représentant de la France sur le paragraphe 66 et l'opposition entre l'emploi de travailleurs locaux et la non-discrimination, souligne que l'interdiction de la discrimination entre ressortissants de certains pays n'est pas propre à l'Union euro-

péenne: plusieurs autres pays ont de semblables arrangements bilatéraux ou multilatéraux. Elle propose que cette question soit abordée dans la section A.1 du document, sous le titre “Objectif et portée du guide”, dans un paragraphe indiquant que des obligations existantes ou futures de nature bilatérale ou multilatérale pourraient jouer sur certains des aspects traités dans la suite du document.

La séance est levée à 18 heures.