



Assemblée générale

Distr.: Générale
25 octobre 2001

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-cinquième session
New York, 10-28 juin 2002

Rapport du Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé sur les travaux de sa quatrième session

(Vienne, 24-28 septembre 2001)

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-7	2
II. Délibérations et décisions	8-9	3
III. Supplément éventuel au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé	10-180	3
A. Remarques générales	10-17	3
B. Examen de questions susceptibles de faire l'objet d'un projet de dispositions législatives types fondées sur les recommandations concernant la législation énoncées dans le Guide législatif	18-174	4
C. Lien entre les dispositions législatives types et le Guide législatif	175-180	34

I. Introduction

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) rend compte des travaux de la quatrième session du Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé (auparavant dénommé Groupe de travail des délais et de la prescription dans le domaine de la vente internationale des objets mobiliers corporels).
2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quatrième session à Vienne du 24 au 28 septembre 2001. Les États membres dont les noms suivent y ont participé: Allemagne, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Honduras, Hongrie, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Maroc et Suède.
3. Les observateurs des pays ci-après ont assisté à la session: Arabie saoudite, Bosnie-Herzégovine, Équateur, Indonésie, Liban, Namibie, Nigéria, Pakistan, Philippines, Portugal, République arabe syrienne, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Turquie et Venezuela.
4. Les observateurs des organisations internationales ci-après ont également assisté à la session: Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, Organisation de coopération et de développement économiques et Initiative de coopération pour l'Europe du Sud-Est.
5. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:
Président: Tore Wiwen-Nilsson (Suède)
Rapporteur: Judit Kónia (Hongrie)
6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.I/WP.27); Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, en vue de l'utilisation éventuelle, comme base de discussion, des recommandations concernant la législation qui y figurent; rapport du Colloque sur les Projets d'infrastructure à financement privé: cadre juridique et assistance technique, tenu à Vienne du 2 au 4 juillet 2001 (A/CN.9/488: voir par. 13 ci-dessous).
7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:
 1. Ouverture de la session.
 2. Élection du Bureau.
 3. Adoption de l'ordre du jour.
 4. Supplément éventuel au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.
 5. Questions diverses.
 6. Adoption du rapport.

II. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a commencé l'élaboration de dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, conformément à une décision prise par la Commission à sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001)¹.

9. Le secrétariat a été prié d'élaborer, sur la base de ces délibérations et décisions, des dispositions législatives types dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, en vue de les présenter au Groupe de travail à sa cinquième session (Vienne, 9-13 septembre 2002)² afin que celui-ci les examine et poursuive les travaux à ce sujet.

III. Supplément éventuel au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé

A. Remarques générales

10. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission a adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, composé des recommandations concernant la législation (A/CN.9/471/Add.9), telles qu'amendées par la Commission à cette session et des notes correspondantes (A/CN.9/471/Add.1 à 8) dont le secrétariat a été autorisé à établir le texte final en tenant compte des délibérations de la Commission³. Le Guide législatif a depuis été publié dans toutes les langues officielles.

11. À la même session, la Commission a aussi examiné une proposition concernant des travaux futurs dans ce domaine. L'avis a été émis que, même si le Guide législatif devait constituer une référence utile pour les législateurs nationaux lors de l'établissement d'un cadre juridique favorable aux investissements privés dans les infrastructures publiques, il serait souhaitable que la Commission formule des orientations plus concrètes sous forme de dispositions législatives types, voire d'une loi type portant sur des questions spécifiques⁴.

12. Après examen de cette proposition, la Commission a décidé d'étudier à sa trente-quatrième session l'opportunité et la possibilité d'établir une loi type ou des dispositions législatives types sur certaines questions traitées dans le Guide. Pour l'aider à prendre une décision en toute connaissance de cause, le secrétariat a été prié d'organiser un colloque, en coopération avec d'autres organisations internationales ou institutions financières internationales intéressées, en vue de diffuser des informations sur le Guide⁵.

13. Le colloque sur le thème "Projets d'infrastructure à financement privé: cadre juridique et assistance technique" a été organisé avec le coparrainage et l'assistance organisationnelle du mécanisme d'assistance technique pluridonateur Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), qui a pour vocation d'aider les pays en développement à améliorer la qualité de leurs infrastructures grâce à la participation du secteur privé. Il s'est tenu à Vienne du 2 au 4 juillet 2001.

14. À sa trente-quatrième session, la Commission a pris note avec satisfaction des résultats du colloque tels que résumés dans une note du secrétariat (A/CN.9/488) et a décidé que le compte rendu des travaux du colloque devrait être publié par l'Organisation des Nations Unies. Elle a en outre recommandé que le secrétariat prenne, conjointement avec d'autres organisations, des initiatives pour faire largement connaître le Guide législatif.

15. Un certain nombre de vues ont été exprimées quant à l'opportunité et à la faisabilité d'une poursuite des travaux de la Commission dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé.

16. De l'avis général, il existait une importante demande, en particulier dans les pays en développement et les pays à économie en transition, pour une législation type fournissant des indications plus précises. À cet égard, il a été proposé d'appliquer les recommandations du Guide législatif au moyen d'un ensemble de dispositions types fondamentales traitant de certaines des questions de fond recensées et traitées dans le Guide. Il a été souligné que, si le Guide était un instrument précieux qui aiderait les législateurs nationaux à promulguer ou réviser des textes législatifs dans ce domaine, l'efficacité du processus serait grandement accrue par l'existence de dispositions législatives types. Il a également été noté que la mise en œuvre rapide de ces travaux permettrait de tirer parti des vastes et importantes compétences rassemblées tout au long du processus qui a abouti à l'adoption du Guide et permettrait de les mener à bien facilement et efficacement dans un délai raisonnable. Enfin, il a en outre été observé qu'il n'existait aucune contradiction entre, d'une part, la mise en œuvre de ces travaux et, d'autre part, celle d'initiatives visant à faire connaître et à diffuser le Guide législatif.

17. Après avoir examiné les différents avis exprimés, la Commission a convenu qu'il faudrait confier à un groupe de travail le soin de rédiger des dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé. Selon elle, pour que de nouveaux travaux puissent être menés à bien dans un délai raisonnable, il était essentiel de sélectionner un domaine précis parmi les nombreuses questions traitées dans le Guide législatif. En conséquence, il a été décidé que la première session de ce groupe de travail serait consacrée à la définition des questions spécifiques sur lesquelles des dispositions législatives types, susceptibles de faire l'objet d'un supplément au Guide législatif, pourraient être formulées⁶.

B. Examen de questions susceptibles de faire l'objet d'un projet de dispositions législatives types fondées sur les recommandations concernant la législation énoncées dans le Guide législatif

18. Le Groupe de travail a fait observer que l'objet de ses travaux était de passer en revue les recommandations concernant la législation énoncées dans le Guide législatif afin de formuler des orientations plus concrètes sous forme de dispositions législatives types portant sur des questions spécifiques, en mettant éventuellement l'accent sur le chapitre III intitulé "Sélection du concessionnaire." La première tâche du Groupe de travail consistait donc à recenser les questions pour lesquelles de telles orientations pourraient être utiles.

19. Le Groupe de travail a entendu diverses propositions concernant des questions qui pourraient être utilement abordées dans des dispositions législatives types, dont les suivantes: le pouvoir d'attribuer des concessions dans le pays hôte; la nature de la concession (à savoir exclusive ou non) et sa durée; les mesures visant à assurer une coordination administrative efficace parmi les divers organismes publics en jeu; les procédures de sélection du concessionnaire; le pouvoir d'apporter au projet un appui ou des garanties des pouvoirs publics; les principales dispositions applicables aux phases de construction et d'exploitation du projet; les dispositions visant à lever les obstacles d'ordre législatif à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé; les dispositions visant à faciliter le financement des projets d'infrastructure; les mécanismes de règlement des différends pendant les diverses phases du projet; la loi régissant l'accord de projet, y compris la question de savoir quelle branche du droit du pays hôte devrait régir l'accord (à savoir droit administratif ou droit général des contrats); et la durée, la prorogation et la résiliation de l'accord de projet, y compris les arrangements en matière d'indemnisation.

20. On a estimé que le Groupe de travail, en envisageant les questions au sujet desquelles des dispositions législatives types devraient être formulées, ne devrait pas chercher à élaborer des dispositions prescrivant la teneur de l'accord de projet. Il devrait plutôt avoir pour objectif principal de formuler des dispositions législatives types permettant l'utilisation d'un financement privé pour la construction d'infrastructures mais n'ayant pas un caractère trop directif pour ce qui est des arrangements contractuels entre les diverses parties concernées.

21. Le Groupe de travail s'est félicité de ces propositions et observations. D'une manière générale, il a été indiqué que la plupart de ces questions étaient déjà traitées dans le Guide législatif. Le Groupe de travail est convenu qu'il devrait pour ses délibérations prendre comme point de départ les recommandations législatives et commencer par celles qui portaient sur la sélection du concessionnaire, pour revenir ensuite aux autres questions traitées dans le Guide.

Chapitre III. Sélection du concessionnaire

Considérations générales

Recommandation 14

22. Le texte de la recommandation était le suivant:

“La loi devrait prévoir la sélection du concessionnaire au moyen d'une procédure de mise en compétition transparente, efficace et adaptée aux exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé.”

23. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile de formuler une disposition législative type énonçant les principes généraux qui devraient présider au processus menant à la sélection du concessionnaire. Il a décidé de revenir ultérieurement, une fois qu'un projet initial aurait été élaboré par le secrétariat, à la question de savoir si une disposition de fond était nécessaire à cet égard ou si cette idée devrait être exprimée dans un alinéa du préambule de la disposition législative type.

24. À titre d'observation générale, il a été indiqué que le chapitre III du Guide législatif contenait un grand nombre de recommandations concernant la législation et de notes détaillées s'y rapportant. À ce propos, on a posé la question de savoir s'il était recommandé que le pays hôte adopte une législation particulière portant sur les procédures de sélection du concessionnaire et, dans l'affirmative, comment ces dispositions se rattacheraient à la législation générale régissant la passation des marchés publics.

25. En réponse à cette question, il a été indiqué que l'objectif des recommandations concernant la législation était d'aider le pays hôte à élaborer des règles s'appliquant spécifiquement à la sélection du concessionnaire. Les recommandations répondaient aux besoins particuliers des projets d'infrastructure à financement privé et s'écartaient, à de nombreux égards, des règles générales régissant la passation des marchés publics, comme celles énoncées dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés"). Les recommandations concernant la législation n'avaient pas pour objet de remplacer ou de reproduire ces règles générales sur la passation des marchés publics et il appartenait à chaque pays hôte de décider quelle était la meilleure façon de leur donner suite. Par exemple, un État pourrait souhaiter adopter une loi ou des règlements particuliers régissant uniquement la sélection du concessionnaire, ou incorporer certains d'entre eux dans une législation générale sur les projets d'infrastructure à financement privé, avec des renvois, le cas échéant, à d'autres lois traitant de questions non abordées dans les recommandations (comme les arrangements administratifs et pratiques applicables à la conduite de la procédure de sélection).

26. À cet égard, on a fait valoir que le Groupe de travail devrait peut-être examiner attentivement la relation entre les dispositions types sur les procédures de sélection et le régime général de passation des marchés dans le pays hôte. Le Groupe de travail devrait avoir présent à l'esprit deux aspects de la question.

27. Le premier était que la recommandation 14 concernant la législation reposait sur l'hypothèse qu'il existait dans le pays hôte un cadre général régissant la passation des marchés publics qui assurait une procédure de mise en compétition transparente et efficace propre à satisfaire aux normes énoncées dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Le Groupe de travail a été invité à examiner en temps utile de quelle manière les dispositions législatives types à élaborer devraient répondre aux besoins des pays qui ne possédaient pas un tel cadre général.

28. Le deuxième aspect sur lequel a été appelée l'attention du Groupe de travail avait trait aux exigences particulières des procédures de sélection pour les projets d'infrastructure à financement privé. On a fait observer que l'expérience acquise à l'échelon international avait fait apparaître certaines limites des formes traditionnelles des procédures de sélection avec mise en compétition, comme l'appel d'offres, lorsqu'elles étaient appliquées à l'attribution de ce type de projets. Les dispositions législatives types à élaborer par le Groupe de travail devraient préciser la nature particulière des procédures de sélection auxquelles elles s'appliqueraient.

Présélection des soumissionnaires

29. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Recommandation 15

“Les soumissionnaires devraient faire la preuve qu’ils satisfont aux critères de présélection que l’autorité contractante juge appropriés pour le projet visé, notamment:

a) Posséder les qualifications professionnelles et techniques, les ressources humaines, les équipements et autres moyens matériels nécessaires pour mener à bien toutes les phases du projet, à savoir la conception, la construction, l’exploitation et la maintenance;

b) Être en mesure de gérer les aspects financiers du projet et de faire face sur le long terme aux besoins de financement pour la conception, la construction et l’exploitation;

c) Posséder des capacités de gestion et d’organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l’exploitation d’infrastructures publiques.”

Recommandation 16

“Les soumissionnaires devraient être autorisés à constituer des consortiums pour soumettre leurs propositions, à condition que chacun des membres d’un consortium présélectionné ne puisse participer, directement ou par l’intermédiaire de filiales, qu’à un seul consortium soumissionnaire.”

Recommandation 17

“L’autorité contractante devrait établir une liste restreinte des soumissionnaires présélectionnés qui seront ultérieurement invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée.”

30. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type fondée sur le contenu de la recommandation 15.

31. Pour ce qui est des recommandations 16 et 17, elles contenaient, selon un avis, des dispositions ayant trait à l’organisation et, de ce fait, n’avaient pas besoin d’être abordées dans des dispositions législatives types.

32. Selon un autre avis, la présélection était une étape décisive dans la sélection du concessionnaire pour des projets d’infrastructure à financement privé et il fallait donc élaborer des dispositions législatives types s’y rapportant. À titre de remarque générale, il a été souligné que le Groupe de travail devrait s’attacher à rédiger un texte détaillé pouvant être utilisé comme instrument autonome par des législateurs et des fonctionnaires pour l’adoption d’une nouvelle législation ou la modification de la législation en vigueur dans le domaine des projets d’infrastructure à financement privé. Il a donc été décidé que toute disposition jugée essentielle pour la réalisation des objectifs desdits projets devrait figurer dans le projet de texte. Le Groupe de travail est cependant convenu aussi que les dispositions législatives types

devraient s'abstenir d'aborder des détails inutiles qui risqueraient de compromettre la souplesse du texte.

33. S'agissant de la recommandation 16, l'avis a été exprimé que la question de la soumission de propositions par des consortiums ne pouvait être traitée dans le cadre d'une disposition unique, car il fallait faire des distinctions selon la nature du projet considéré. Il a été précisé que les dispositions législatives types devraient aborder les projets d'infrastructure à financement privé sous un angle général, conformément à l'approche adoptée dans le Guide législatif.

34. Concernant la recommandation 17, la proposition selon laquelle la liste restreinte des soumissionnaires présélectionnés devrait être publiée et notifiée à toutes les parties ayant soumis une demande de présélection a recueilli un large soutien. On a estimé qu'une telle publication améliorerait la transparence de la procédure, sans toutefois empêcher les pays adoptants de traiter cette question dans le cadre d'une loi plutôt que dans celui d'un règlement. Il a été rappelé que la notification à toutes les parties ayant soumis une demande de présélection était également prévue au paragraphe 6 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés.

Procédure de sollicitation de propositions

Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

Recommandation 18

35. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Une fois la procédure de sélection terminée, l'autorité contractante devrait prier les soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions définitives.”

36. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Recommandation 19

37. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Nonobstant ce qui précède, l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés, lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir un cahier des charges ou des indicateurs de résultats et des clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après devraient s'appliquer:

a) L'autorité contractante devrait tout d'abord inviter les soumissionnaires présélectionnés à soumettre des propositions sur la base des spécifications concernant le produit demandé et d'autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles proposées;

b) L'autorité contractante peut réunir les soumissionnaires afin de clarifier certains points de la sollicitation initiale de propositions;

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser le cahier des charges et les clauses contractuelles initiaux avant de publier une sollicitation définitive de propositions."

38. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Teneur de la sollicitation définitive de propositions

Recommandation 20

39. Le texte de la recommandation était le suivant:

"La sollicitation définitive de propositions devrait inclure au minimum les renseignements suivants:

a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions;

b) Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante concernant les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement;

c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante;

d) Critères d'évaluation des propositions, importance relative à accorder à chacun de ces critères et manière de les appliquer dans l'évaluation des propositions."

40. On a fait observer qu'il était indispensable d'inclure les clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation définitive de proposition, comme le prévoyait l'alinéa c) de la recommandation 20, et qu'en conséquence une disposition type reflétant le contenu de cette recommandation devrait être élaborée.

Éclaircissements et modifications

Recommandation 21

41. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, modifier la sollicitation définitive de propositions en publiant des additifs dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions."

42. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Critères d'évaluation

Recommandation 22

43. Le texte de la recommandation était le suivant:

"Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques devraient permettre de déterminer la mesure dans laquelle la proposition

présentée par le soumissionnaire peut satisfaire les besoins de l'autorité contractante, et porter notamment sur les éléments suivants:

- a) Rationalité technique;
- b) Faisabilité opérationnelle;
- c) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité;
- d) Potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.”

Recommandation 23

44. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales peuvent inclure, selon qu'il convient:

- a) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, redevances, prix unitaires et autres charges proposés;
- b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante devra effectuer, le cas échéant;
- c) Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur courante des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance;
- d) L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, des pouvoirs publics;
- e) La rationalité des arrangements financiers proposés;
- f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles proposées.”

45. Le Groupe de travail a examiné le lien entre les critères d'évaluation portant sur les aspects non financiers, énumérés dans la recommandation 22, et les critères se rapportant aux aspects financiers, énumérés dans la recommandation 23.

46. Selon un avis, il faudrait recommander dans les dispositions législatives types de ne pas accorder une importance excessive aux aspects financiers d'une proposition, à savoir au critère du prix, au détriment des aspects non financiers, car cela était jugé inapproprié dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé. Selon un avis similaire, les dispositions législatives types devraient préciser que les critères de prix pouvaient être pris en considération uniquement après évaluation des aspects non financiers des propositions.

47. À cela, il a été répondu que la question de l'importance relative à accorder aux critères financiers par rapport aux aspects non financiers avait été examinée en détail dans les notes se rapportant au Guide législatif. On a en outre fait observer qu'il serait inapproprié d'aborder le problème de la hiérarchie entre les critères d'évaluation dans un cadre législatif. À cet égard, on a également rappelé que le mandat confié au Groupe de travail était de compléter et non de modifier les décisions de principe sur lesquelles reposait le Guide.

48. En écartant le critère du prix, on risquait, selon un avis, de compromettre la transparence générale de la procédure. Il a été suggéré que le projet de dispositions législatives types prévoient des paramètres capables de garantir l'objectivité de cette procédure. À cet égard, on a fait observer que les seuils fixés par l'autorité contractante pour évaluer la conformité des propositions, comme cela était prévu dans la recommandation 24, pouvaient garantir une telle transparence et une telle objectivité. Il a en outre été noté que l'autorité contractante devrait fixer ces seuils afin de garantir la viabilité du projet. Selon une autre suggestion, lesdits seuils devraient être indiqués dans la sollicitation définitive de propositions dont il est question dans la recommandation 20.

49. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait laisser à l'autorité contractante le soin de déterminer l'importance relative à accorder aux critères d'évaluation, à condition toutefois qu'une transparence suffisante soit assurée. Il a néanmoins été convenu que les dispositions législatives types pourraient utilement mentionner la possibilité pour l'autorité contractante de procéder à l'évaluation en deux étapes, comme cela est prévu à l'article 42 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés et comme l'indiquait le paragraphe 81 des notes se rapportant au Guide législatif.

50. Il a été proposé que la rationalité environnementale, bien qu'étant peut-être sous-entendue dans les critères de "rationalité technique" et de "qualité des services", soit mentionnée expressément parmi les critères pertinents d'évaluation des aspects non financiers. Cette proposition a recueilli un certain appui.

51. En réponse à une question concernant le lien entre l'alinéa f) de la recommandation 23 et la recommandation 21, permettant à l'autorité contractante de donner des éclaircissements et de modifier la sollicitation définitive de propositions, il a été expliqué que l'alinéa f) concernait uniquement les clauses contractuelles qui n'avaient pas été déclarées non négociables par l'autorité contractante et pour lesquelles des négociations étaient autorisées. Pour améliorer la transparence, il a été décidé que ce point serait explicité dans les dispositions législatives types.

Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions

Recommandation 24

52. Le texte de la recommandation était le suivant:

"L'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux qui doivent être pris en considération dans les propositions, conformément aux critères énoncés dans la sollicitation de propositions. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils devraient être considérées comme non conformes."

53. Sous réserve de la suggestion faite à propos de l'alinéa f) de la recommandation 23, le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Recommandation 25

54. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Qu’elle ait ou non recouru à une procédure de présélection, l’autorité contractante peut conserver le droit d’exiger des soumissionnaires qu’ils confirment leurs qualifications conformément aux critères et procédures énoncés dans la sollicitation de propositions ou dans le dossier de présélection, selon qu’il convient. En cas de procédure de présélection, les critères devraient être les mêmes que ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.”

55. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Négociations finales et attribution du projet

Recommandation 26

56. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L’autorité contractante devrait classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d’évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et inviter à une négociation finale le soumissionnaire qui a présenté la proposition ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne peuvent pas porter sur les clauses contractuelles déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.”

57. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Recommandation 27

58. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Si l’autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n’aboutiront pas à un accord de projet, elle devrait informer ce dernier qu’elle y met fin et inviter ensuite les autres soumissionnaires à des négociations en fonction de leur note jusqu’à ce qu’elle parvienne à un accord de projet ou rejette toutes les propositions restantes.”

59. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation. Dans un souci de transparence, toutefois, il a été proposé que les circonstances dans lesquelles l’autorité contractante pourrait “se rendre compte” que les négociations avec le soumissionnaire susceptible d’obtenir le projet n’aboutiront pas à la conclusion d’un accord soient indiquées explicitement.

Attribution d’une concession sans procédure de mise en compétition

Recommandation 28

60. Le texte de la recommandation était le suivant:

“La loi devrait énoncer les cas exceptionnels dans lesquels l’autorité contractante peut être autorisée à attribuer une concession sans recourir à une procédure de mise en compétition, par exemple:

- a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité de service, il ne serait pas pratique d'ouvrir une procédure de sélection avec mise en compétition;
- b) Lorsque les projets sont de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas un faible montant spécifié;
- c) Pour des raisons de défense ou de sécurité nationales;
- d) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé (par exemple, en raison de la nécessité d'utiliser une technologie brevetée ou un savoir-faire unique);
- e) En cas de propositions spontanées du type mentionné dans les recommandations 34 et 35;
- f) Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsque aucune proposition n'a satisfait aux critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions, et lorsque, de l'avis de l'autorité contractante, la publication d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chance d'aboutir à l'attribution du projet;
- g) Dans d'autres cas où l'autorité supérieure du pays hôte autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général."

61. On a noté, à titre d'observation générale, que dans certains pays les concessions n'étaient pas toujours attribuées par le biais de procédures structurées de mise en compétition. Associées à des mesures améliorant la transparence, les procédures moins formelles utilisées dans ces pays ont donné des résultats satisfaisants, comme cela a été dit de façon appropriée dans les notes se rapportant à la recommandation 28. En conséquence, il a été proposé de ne pas faire figurer le mot "exceptionnel" dans une disposition type visant à mettre en œuvre la recommandation 28.

62. Cette proposition a suscité une vive objection, car selon l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail, le texte de la recommandation 28 reflétait correctement le principe adopté par la Commission, à savoir que, dans le contexte des projets d'infrastructure à financement privé, l'attribution d'une concession sans procédure structurée de mise en compétition devrait avoir lieu dans des circonstances exceptionnelles.

63. Il a été rappelé au Groupe de travail que, selon la Commission, la liste des circonstances exceptionnelles autorisant l'attribution d'une concession sans procédure structurée de mise en compétition n'était pas exhaustive⁷. Le Groupe de travail a cependant été d'avis que la souplesse recherchée par la Commission apparaissait déjà à l'alinéa g) de la recommandation et que, pour ce qui est du libellé, les mots "par exemple" ne devraient pas figurer dans une disposition type visant à mettre en œuvre la recommandation 28. Le Groupe de travail est convenu d'envisager d'élargir la portée de l'alinéa g) en ajoutant une phrase telle que "ou dans d'autres cas de la même nature exceptionnelle, définis par la loi".

64. Le Groupe de travail est convenu que les mots "urgente", à l'alinéa a) et "impérieuse", à l'alinéa g), ne seraient peut-être pas nécessaires dans une disposition type visant à mettre en œuvre la recommandation 28.

Recommandation 29

65. Le texte de la recommandation était le suivant:

“La loi peut imposer la procédure ci-après pour l’attribution d’une concession sans procédure de mise en compétition:

a) L’autorité contractante devrait publier un avis pour faire connaître son intention d’attribuer une concession pour l’exécution du projet proposé et mener des négociations avec un nombre aussi grand que possible de sociétés jugées capables d’exécuter le projet en fonction des circonstances;

b) Les offres devraient être évaluées et notées conformément aux critères d’évaluation fixés par l’autorité contractante;

c) Sauf dans le cas visé à l’alinéa c) de la recommandation 28, l’autorité contractante devrait faire publier un avis d’attribution de la concession, indiquant les circonstances et les motifs précis de l’attribution de la concession sans procédure de mise en compétition.”

66. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

67. Le Groupe de travail est également convenu qu’il serait peut-être utile d’élargir la portée de l’alinéa c) de manière à aligner l’obligation de publicité qui y est faite sur l’obligation de fournir des renseignements mentionnés au paragraphe 122 du chapitre III du Guide législatif.

Propositions spontanées

68. Le Groupe de travail a estimé en général qu’il serait utile de fournir des orientations spécifiques d’ordre législatif, sous forme de dispositions types, sur la manière dont les autorités contractantes pourraient traiter les propositions spontanées. On a souligné à cet égard que, indépendamment des éventuelles objections de principes que de telles propositions pourraient soulever, il serait préférable d’offrir aux États adoptants un système satisfaisant pour assurer la transparence et l’équité dans le traitement des propositions spontanées, au lieu de les ignorer purement et simplement.

69. À titre de remarque générale, on a fait observer qu’il serait peut-être utile que le Groupe de travail définisse plus clairement la notion de proposition spontanée. On a également suggéré qu’il précise, éventuellement dans des notes qui pourraient accompagner les dispositions législatives types, que des procédures administratives appropriées devraient être élaborées par l’autorité contractante pour assurer l’efficacité et la transparence dans le traitement des propositions spontanées.

Recommandation 30

70. Le texte de la recommandation était le suivant:

“À titre d’exception aux procédures de sélection décrites dans les recommandations 14 à 27, l’autorité contractante peut être autorisée à examiner des propositions spontanées conformément à une procédure spécifique prévue par la loi à cette fin, à condition que ces propositions ne se

rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé une procédure de sélection.”

71. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Procédures de détermination de l’admissibilité des propositions spontanées

Recommandation 31

72. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Après réception et examen préliminaire d’une proposition spontanée, l’autorité contractante devrait faire savoir à son auteur, dans un délai raisonnablement court, si le projet présente ou non un intérêt général potentiel. Dans l’affirmative, elle devrait l’inviter à soumettre une proposition officielle suffisamment détaillée pour qu’il soit possible d’évaluer de façon satisfaisante le concept ou la technologie et déterminer si la proposition répond aux conditions imposées par la loi et est susceptible d’être appliquée avec succès à l’échelle prévue dans le projet proposé.”

73. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Recommandation 32

74. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L’auteur de la proposition devrait conserver la propriété de tous les documents soumis pendant toute la procédure et ces documents devraient lui être restitués si la proposition est rejetée.”

75. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Procédure de traitement des propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés

Recommandation 33

76. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L’autorité contractante devrait entamer une procédure de sélection avec mise en compétition conformément aux recommandations 14 à 27 ci-dessus s’il s’avère que l’exécution du projet est possible sans recours à un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l’auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, ou si le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent. L’auteur de la proposition spontanée devrait être invité à participer à cette procédure et pourra bénéficier d’un avantage du fait de sa proposition.”

77. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation. Il a cependant été souligné que le Groupe de travail devrait peut-être préciser à un stade ultérieur la notion d’“avantage” figurant dans la recommandation.

Procédure de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

Recommandation 34

78. Le texte de la recommandation était le suivant:

“S’il apparaît qu’il ne serait pas possible d’exécuter le projet sans utiliser un procédé, des plans, une méthode ou un concept technique sur lesquels l’auteur de la proposition spontanée possède des droits exclusifs, l’autorité contractante devra rechercher des éléments de comparaison. À cette fin, elle devrait publier une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d’autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné raisonnable.”

79. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Recommandation 35

80. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L’autorité contractante peut entamer des négociations avec l’auteur de la proposition spontanée si aucune autre proposition n’a été reçue, sous réserve d’une approbation d’une autorité supérieure. Si d’autres propositions sont soumises, l’autorité contractante devrait inviter tous leurs auteurs à participer à des négociations conformément aux dispositions a) à c) de la recommandation 29.”

81. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Confidentialité

Recommandation 36

82. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Les négociations entre l’autorité contractante et les soumissionnaires devraient être confidentielles et une partie aux négociations ne devrait relever à aucune autre des informations techniques, des informations relatives au prix ou d’autres informations commerciales concernant les négociations sans le consentement de l’autre partie.”

83. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Avis d’attribution du projet

Recommandation 37

84. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L’autorité contractante devrait faire publier un avis d’attribution du projet. Cet avis devrait désigner le concessionnaire et comporter un résumé des principales clauses de l’accord de projet.”

85. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

Recommandation 38

86. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L'autorité contractante devrait dûment conserver les principales informations liées aux procédures de sélection et d'attribution. La loi devrait énoncer les conditions d'accès du public à ces informations.”

87. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation.

Procédures de recours

Recommandation 39

88. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Les soumissionnaires qui déclarent avoir subi, ou qui peuvent subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la loi à l'autorité contractante peuvent introduire un recours contre les actes de l'autorité contractante conformément aux lois du pays hôte.”

89. Le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation concernant la législation. On a fait observer à cet égard que le Groupe de travail devrait examiner à un stade ultérieur s'il faudrait faire figurer une telle disposition type après les dispositions traitant de la sélection du concessionnaire ou s'il serait préférable de la placer avec les dispositions traitant du règlement des différends dans les différentes phases d'un projet d'infrastructure.

Chapitre premier. Cadre législatif et institutionnel général

Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel

Recommandation 1

90. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Le cadre constitutionnel, législatif et institutionnel nécessaire à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé devrait avoir pour objectif d'assurer la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets. Toutes restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures devraient être éliminées.”

91. Le Groupe de travail a reconnu que les deux dispositions figurant dans la recommandation 1 étaient de nature générale et n'étaient pas susceptibles de ce fait d'être transformées en dispositions législatives. Toutefois, il est convenu qu'il pourrait être utile, afin de rappeler les grands objectifs devant être poursuivis dans le domaine des infrastructures à financement privé, de conserver la teneur de la

recommandation, par exemple dans un préambule ou dans des notes explicatives aux dispositions législatives types que le Groupe de travail pourrait décider d'élaborer.

Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions

92. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Recommandation 2

“La loi devrait spécifier les autorités publiques du pays hôte (à savoir, selon qu'il convient, les autorités nationales, provinciales et locales) habilitées à attribuer des concessions et à conclure des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé.”

Recommandation 3

“Les projets d'infrastructure à financement privé peuvent comprendre des concessions pour la construction et l'exploitation de nouveaux ouvrages et de nouveaux systèmes ou pour la maintenance, la modernisation, l'expansion et l'exploitation d'ouvrages et de systèmes existants.”

Recommandation 4

“La loi devrait spécifier les secteurs ou les types d'infrastructure pour lesquels des concessions peuvent être attribuées.”

Recommandation 5

“La loi devrait spécifier dans quelle mesure une concession peut s'étendre à l'ensemble de la région relevant de la compétence de l'autorité contractante ou seulement à une subdivision géographique de cette région ou encore à un projet particulier, et si elle peut être attribuée avec ou sans droits d'exclusivité, selon les cas, conformément aux règles et principes de droit, aux dispositions législatives, à la réglementation et aux politiques s'appliquant au secteur visé. Les autorités contractantes pourraient être habilitées à s'unir pour attribuer des concessions lorsque la compétence de chacune d'entre elles est en jeu.”

93. Le Groupe de travail a examiné en bloc les recommandations 2 à 5 relatives à l'étendue du pouvoir d'attribuer des concessions. À titre de remarque générale, il a été rappelé que toutes ces recommandations avaient pour objet de promouvoir la clarté législative en ce qui concerne tant la spécification des autorités habilitées à attribuer des concessions que l'étendue des pouvoirs en la matière. En conséquence, l'opinion selon laquelle tous les aspects abordés dans les recommandations 2 à 5 pourraient être pris en compte et traités dans une seule disposition législative type a bénéficié d'un appui.

94. Pour ce qui est de la technique qui devrait être utilisée pour spécifier quelles sont les autorités compétentes, il a été suggéré d'envisager plusieurs solutions, en prenant par exemple pour modèle les options prévues au paragraphe b) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Il a toutefois été précisé que le fait de prévoir une liste où seraient répertoriés tous les organes ou organismes compétents pourrait obliger à spécifier également dans la loi les secteurs pour

lesquels ces organes ou organismes seraient compétents. Sans préjudice de la solution qui sera apportée à ce problème, le Groupe de travail est convenu que les dispositions législatives types devraient avoir une portée générale et ne pas être limitées à des secteurs particuliers. À cet égard, il a également été estimé qu'il pourrait être utile de retenir, en prenant comme modèle la recommandation 3, une définition générale des types de projets d'infrastructure entrant dans le champ d'application de ces dispositions.

95. On a appuyé le point de vue selon lequel la question des chevauchements de compétences et de pouvoirs en ce qui concerne les projets d'infrastructure à financement privé qui pourraient apparaître en fonction de la structure de l'État adoptant ou de la nature du service en cause devrait être traitée expressément dans une disposition législative type, afin d'assurer une approche coordonnée.

96. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger une disposition législative type traitant de cette question sans pour autant trop s'attarder sur des détails qui pourraient en compliquer inutilement le texte. À cet égard, il a été précisé qu'il fallait laisser le soin aux législateurs nationaux de régler les détails concernant la structure de l'État adoptant.

Coordination administrative

Recommandation 6

97. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Des mécanismes institutionnels devraient être établis afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation des ouvrages du type proposé.”

98. Tout en rappelant que cette recommandation avait été jugée capitale pour éviter les retards et le manque d'efficacité dus à l'absence de coordination entre différentes autorités publiques, on a estimé que la question ne se prêtait pas nécessairement à un traitement législatif. À cet égard, il a été signalé que de nombreux pays considéraient qu'une telle coordination relevait de la pratique administrative.

99. Selon un autre point de vue, la question de la coordination entre les autorités était capitale pour assurer la viabilité à long terme des projets d'infrastructure et devrait par conséquent faire l'objet d'une disposition de nature législative. La suggestion selon laquelle le principe qui sous-tend cette recommandation devrait être conservé dans un préambule ou dans des notes se rapportant aux dispositions législatives types, en tant que question générale, a bénéficié d'un certain appui. Selon une autre suggestion, la question devrait être abordée dans le contexte de l'étendue du pouvoir d'attribuer des concessions.

100. À titre de remarque générale, le Groupe de travail s'est accordé à dire que l'examen de la question de savoir comment prendre en compte les principes qui, bien qu'importants, n'étaient pas considérés comme susceptibles d'être traités dans des dispositions législatives types, devrait être remis à plus tard.

Fonction de réglementation des services d'infrastructure

101. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Recommandation 7

“La fonction de réglementation des services d'infrastructure ne devrait pas être confiée à des entités qui fournissent directement ou indirectement de tels services.”

Recommandation 8

“La fonction de réglementation devrait être confiée à des organismes fonctionnellement indépendants et ayant une autonomie suffisante, de manière à ce que les décisions soient prises sans ingérence politique ou pressions inopportunes des exploitants d'infrastructures et des prestataires de services publics.”

Recommandation 9

“Les règles régissant les procédures de réglementation devraient être rendues publiques. Les décisions touchant à la réglementation devraient être motivées et accessibles aux parties intéressées par voie de publication ou par d'autres moyens.”

Recommandation 10

“La loi devrait établir des procédures transparentes en vertu desquelles le concessionnaire pourrait demander un réexamen des décisions touchant à la réglementation par un organisme indépendant et impartial, y compris par un tribunal, et devrait énoncer les motifs pouvant fonder une telle demande.”

Recommandation 11

“Des procédures spéciales devraient être établies, s'il y a lieu, pour régler les différends entre les prestataires de services publics concernant les infractions présumées aux lois et réglementations régissant le secteur visé.”

102. De l'avis général, les recommandations 7 à 11 n'étaient pas susceptibles d'être transformées en dispositions législatives types et, par conséquent, la fonction de réglementation des services d'infrastructure devrait rester en dehors du champ couvert par les dispositions législatives types. À ce propos, on a souligné qu'il pourrait être opportun de traiter certaines questions ayant trait à cette fonction de réglementation dans d'autres chapitres, par exemple ceux concernant la phase d'exploitation ou le règlement des différends.

Chapitre II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics

Risques de projet et répartition des risques

Recommandation 12

103. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Aucune restriction légale ou réglementaire injustifiée ne devrait limiter la faculté de l’autorité contractante de convenir d’une répartition des risques adaptée aux besoins du projet.”

104. Tout en réaffirmant que cette recommandation était importante pour faire prendre conscience au législateur des incidences de ses choix fondamentaux dans le domaine des infrastructures à financement privé, le Groupe de travail est convenu qu’elle avait un caractère plus indicatif que normatif et qu’elle n’était donc pas susceptible d’être transformée en disposition législative type.

Appui des pouvoirs publics

Recommandation 13

105. Le texte de la recommandation était le suivant:

“La loi devrait clairement indiquer les autorités publiques du pays hôte qui sont autorisées à fournir un appui financier ou économique pour l’exécution des projets d’infrastructure à financement privé et quelles formes cet appui peut revêtir.”

106. Selon une opinion, cette recommandation était liée à la question plus générale de l’étendue du pouvoir d’attribuer des concessions. Il a donc été suggéré d’en inclure la teneur dans les dispositions législatives types correspondant aux recommandations 2 à 5. Bien que cette opinion ait bénéficié d’un certain soutien, on a craint que le fait de mentionner l’appui financier ou économique des pouvoirs publics dans une disposition législative type équivaldrait à recommander qu’un tel appui soit fourni, ce qui était jugé inopportun du point de vue des gouvernements qui ont pour principe de ne fournir aucun appui à des projets d’infrastructure à financement privé. En réponse à cette préoccupation, il a été fait observer qu’une disposition incorporant la teneur de la recommandation 13 n’aurait pas pour objet de recommander la fourniture d’un appui par les pouvoirs publics en tant que stratégie, mais d’assurer la transparence des systèmes dans le cadre desquels une décision de principe en faveur d’un tel appui avait été prise.

107. En ce qui concerne la dernière partie de la recommandation, où il est dit que la loi devrait clairement indiquer les types d’appui pouvant être fournis par les autorités publiques, on s’est inquiété du fait que son incorporation dans une disposition législative type pourrait avoir pour résultat de réduire inutilement la marge de manœuvre lors des négociations. On a également exprimé la crainte qu’il pourrait être difficile d’établir une liste exhaustive en raison de la diversité des formes qu’un tel appui peut revêtir.

108. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu’il pourrait être utile de retenir, éventuellement en la plaçant entre crochets, une disposition type inspirée de la recommandation, en vue d’attirer l’attention du Groupe sur la nécessité de réexaminer la question à une date ultérieure.

Chapitre IV. Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet

Dispositions générales de l'accord de projet

Recommandation 40

109. Le texte de la recommandation était le suivant:

“La loi pourrait indiquer les principales clauses devant figurer dans l'accord de projet, qui pourraient comprendre les clauses mentionnées dans les recommandations 41 à 68 ci-après.”

110. Le Groupe de travail a noté que, comme il est indiqué dans le Guide législatif (chap. IV, “Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 2), les législations nationales contenaient souvent des dispositions portant sur le contenu de l'accord de projet. Dans certains pays, la loi se bornait à mentionner la nécessité d'un accord entre le concessionnaire et l'autorité contractante, tandis que dans d'autres, elle contenait des dispositions détaillées et impératives sur le contenu des clauses devant figurer dans l'accord. Il existait enfin une approche intermédiaire selon laquelle la loi énumérait les questions qui devaient être réglées dans l'accord de projet sans réglementer en détail le contenu des clauses de celui-ci.

111. Le Groupe de travail était conscient du fait que des dispositions législatives générales régissant certains aspects fondamentaux de l'accord de projet pourraient aider à établir un cadre général de répartition des droits et des obligations entre les parties. Elles pourraient peut-être aussi avoir pour but d'uniformiser certaines dispositions contractuelles et de donner des indications aux autorités publiques chargées de négocier les accords de projet aux différents niveaux de l'État (national, provincial ou local). Enfin, il fallait dans certains cas un texte législatif pour conférer à l'autorité contractante le pouvoir de souscrire à certaines clauses de l'accord.

112. Le Groupe de travail a cependant été d'avis que des dispositions législatives générales traitant de façon détaillée des droits et obligations des parties risquaient de priver l'autorité contractante et le concessionnaire de la latitude dont ils avaient besoin pour négocier entre eux un accord adapté aux exigences et aux particularités du projet considéré.

113. Dans ce contexte, le Groupe de travail a eu un échange de vues approfondi sur le point de savoir s'il serait souhaitable de formuler une disposition législative type contenant la liste des questions fondamentales devant être abordées dans l'accord de projet. Il a été proposé à cet égard qu'une telle liste soit fondée sur les titres précédant les recommandations 41 à 68, avec quelques ajustements lorsque l'on estimait que la formulation employée n'indiquait pas de façon suffisamment claire le sujet à aborder dans l'accord de projet. Les inconvénients éventuels d'une liste ont également été rappelés au Groupe de travail. Il a été dit, par exemple, que se poserait la question de savoir si les parties auraient le pouvoir de ne pas inclure un sujet quelconque figurant sur la liste ou si elles pourraient en revanche inclure d'autres sujets qui n'y figuraient pas. Un autre inconvénient possible pouvait être

l'incertitude quant à ce qui se passerait sur le plan juridique si les parties ne suivaient pas une liste de dispositions établies dans la législation.

114. Après avoir examiné les différents points de vues exprimés, le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile d'élaborer une disposition législative type énumérant les questions fondamentales devant être abordées dans l'accord de projet. Le secrétariat a été prié de rédiger un projet initial de disposition type sur la base des titres précédant les recommandations 41 à 68, avec les ajustements pouvant être nécessaires de manière à indiquer clairement, mais sans détails inutiles, les divers sujets devant être couverts par les accords de projet.

115. Le Groupe de travail a entrepris d'examiner la suggestion selon laquelle, outre la liste des principales clauses de l'accord de projet, il conviendrait de traiter séparément dans des dispositions législatives types spécifiques certains des points couverts par les recommandations 41 à 68. Il a été dit que cela était le cas en particulier des recommandations portant sur des questions pouvant nécessiter une autorisation législative préalable ou des questions susceptibles d'avoir une incidence sur les intérêts de tiers, ou encore des dispositions ayant trait à des considérations fondamentales de politique générale à propos desquelles une dérogation conventionnelle n'était pas admise dans certains systèmes juridiques.

116. Bien que cette proposition n'ait suscité aucune objection de principe, le Groupe de travail a décidé de l'examiner à nouveau une fois qu'il aurait achevé l'examen des recommandations 41 à 68 (voir par. 118 à 165 ci-dessous).

Recommandation 41

117. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Sauf disposition contraire, l'accord de projet devrait être régi par la loi du pays hôte.”

118. En réponse à une question concernant le sens du premier membre de phrase de cette recommandation, il a été indiqué que la question de la loi régissant l'accord de projet avait fait l'objet de longues discussions à la trente-deuxième session de la Commission. Le libellé souple sur lequel la Commission avait fini par se mettre d'accord avait pour but de tenir compte du fait que, dans certains systèmes juridiques, les dispositions autorisant l'application d'une loi autre que celle du pays hôte ne pouvaient être que de nature législative, alors que dans d'autres, l'autorité contractante pouvait être habilitée à choisir la loi applicable.

119. Il a été déclaré en outre que cette recommandation traitait non seulement du choix entre la loi interne et la loi étrangère, mais aussi du point de savoir quelle branche du droit du pays hôte (droit administratif ou droit général des obligations) régirait l'accord de projet. Il a été souligné que cette question avait d'importantes incidences pratiques, étant donné que, dans certains systèmes juridiques, le droit administratif conférait implicitement ou explicitement aux organismes gouvernementaux un certain nombre de prérogatives en ce qui concerne les contrats administratifs, par exemple le pouvoir de résilier unilatéralement un contrat ou d'en modifier les clauses.

120. Le Groupe de travail a estimé que la recommandation 41 n'était pas susceptible d'être transformée en une disposition législative type autonome. Il pourrait tout au plus envisager, le moment venu, d'inclure une rubrique telle que

“loi régissant l’accord de projet” dans une liste des principales dispositions d’un accord de projet qui pourrait être élaborée aux fins de la mise en œuvre de la recommandation 40.

121. Selon l’avis contraire, toutefois, la recommandation 41 était importante, car elle avait trait à la souveraineté des pays hôtes. Si dans la pratique les investisseurs, en particulier les investisseurs étrangers, pouvaient s’inquiéter de la stabilité globale et de la prévisibilité du cadre juridique du pays hôte aux fins d’investissements privés d’infrastructure, les dispositions législatives types devraient reconnaître les efforts qui avaient été déployés dans de nombreux pays, y compris dans les pays en développement, pour améliorer le climat des investissements. Le Groupe de travail a pris ces vues en considération et a prié le secrétariat de rédiger une disposition législative reflétant le contenu de la recommandation 41.

Organisation du concessionnaire

122. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Recommandation 42

“L’autorité contractante devrait avoir la possibilité d’exiger des soumissionnaires sélectionnés qu’ils constituent une personne morale indépendante ayant son siège dans le pays.”

Recommandation 43

“L’accord de projet devrait préciser le capital minimum de la société de projet ainsi que la procédure d’approbation par l’autorité contractante des statuts de cette société et des modifications essentielles de ces statuts.”

123. Il a été fait observer que, dans certains cas, l’exigence par l’autorité contractante d’un capital minimum était une condition préalable à la conclusion de l’accord. On a estimé que, compte tenu du lien entre ces deux recommandations et le droit applicable à l’accord de projet, celles-ci étaient susceptibles d’être transformées en dispositions législatives types.

Site du projet, biens et servitudes

Recommandation 44

124. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L’accord de projet devrait préciser, lorsqu’il y a lieu, les biens qui seront la propriété de l’État et ceux qui seront la propriété privée du concessionnaire. Il devrait indiquer les biens que le concessionnaire est tenu de transférer à l’autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire à l’expiration ou à la résiliation de l’accord de projet; les biens que l’autorité contractante peut, si elle le souhaite, racheter au concessionnaire; et les biens que le concessionnaire peut librement retirer ou dont il peut librement disposer à l’expiration ou à la résiliation de l’accord de projet.”

125. On a estimé que la distinction établie, dans la recommandation 44, entre différentes catégories de biens du projet, reflétait des principes de droit bien établis

dans certains systèmes juridiques. De ce fait, on a jugé la recommandation susceptible d'être transformée en disposition législative type.

Recommandation 45

126. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L'autorité contractante devrait aider le concessionnaire à acquérir les droits relatifs au site du projet nécessaires à la construction, à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage. La loi pourrait autoriser le concessionnaire à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y fixer des installations selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance de l'ouvrage.”

127. L'avis selon lequel les questions abordées dans la recommandation 45 devaient faire l'objet de dispositions législatives types, car elles traitaient des droits et obligations de tiers, a recueilli un large soutien.

Arrangements financiers

128. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Recommandation 46

“La loi devrait permettre au concessionnaire de percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou des services qu'il fournit. L'accord de projet devrait prévoir des méthodes et formules d'ajustement de ces redevances ou droits.”

Recommandation 47

“Lorsque les redevances ou droits demandés par le concessionnaire sont soumis au contrôle externe d'un organisme de réglementation, la loi devrait énoncer les mécanismes de révision périodique et extraordinaire des formules d'ajustement.”

Recommandation 48

“L'autorité contractante devrait être habilitée, s'il y a lieu, à convenir d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances que doivent acquitter les utilisateurs ou à s'engager à acheter des quantités déterminées de biens ou de services.”

129. On a dit qu'il faudrait rédiger des dispositions législatives types se rapportant aux recommandations 46 à 48, car tant la question de la perception de droits que celle des autres versements devant être effectués au concessionnaire étaient capitales pour l'équilibre financier du projet et la notion même d'accord de concession, et il fallait donc les aborder dans un cadre législatif plutôt que contractuel. Après examen de ce point de vue, le Groupe de travail a décidé que toute disposition législative type relative aux arrangements financiers devrait se limiter à énoncer le droit du concessionnaire de percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage, comme il est indiqué dans la première phrase de la recommandation 46.

Sûretés

Recommandation 49

130. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Le concessionnaire devrait avoir la charge de mobiliser les fonds nécessaires pour construire et exploiter l’ouvrage et, à cette fin, il devrait avoir le droit d’obtenir tout financement requis pour le projet en constituant une sûreté sur l’un quelconque de ses biens, en nantissant les actions de la société de projet, en nantissant le produit et les créances provenant de la concession ou en constituant toute autre sûreté appropriée sans préjudice de toute règle de droit pouvant interdire la constitution de sûretés sur un bien public.”

131. Le Groupe de travail a reconnu que la possibilité pour le concessionnaire de constituer toutes les sûretés pouvant être nécessaires pour obtenir le financement requis (y compris, s’il y avait lieu, des sûretés sur les actions de la société de projet ou sur le produit et les recettes provenant de la concession) était souvent indispensable à la réussite du projet. Bien que l’importance de cette question ait été admise par tous, il a également été rappelé que celle-ci s’était révélée particulièrement délicate, en raison des restrictions imposées dans certains systèmes juridiques à propos de la constitution de sûretés ou d’autres garanties sur des biens publics. On a en outre souligné que la question de la constitution de sûretés dépassait le cadre du droit relatif aux concessions et était traitée dans le droit général des sûretés.

132. Tout en étant conscient des difficultés que pouvait poser la rédaction d’une disposition législative type traitant de manière appropriée les différentes questions liées aux sûretés, le Groupe de travail a estimé qu’une telle disposition serait souhaitable.

Cession de la concession

Recommandation 50

133. Le texte de la recommandation était le suivant:

“La concession ne devrait pas être cédée à des tiers sans le consentement de l’autorité contractante. L’accord de projet devrait énoncer les conditions auxquelles l’autorité contractante peut donner son consentement à la cession de la concession, y compris l’acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de l’accord de projet et la production par ce dernier de preuves qu’il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service.”

134. Il a été souligné que la recommandation 50 reflétait l’importance attachée par certains systèmes juridiques au caractère personnel (*intuitu personae*) des contrats de concession, qui était jugé indispensable pour garantir la viabilité du projet à long terme. Le Groupe de travail est donc convenu que les principes fondamentaux énoncés dans la recommandation méritaient peut-être d’être traités dans le cadre d’une disposition législative type.

Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet

Recommandation 51

135. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Sauf disposition contraire, le transfert d'un intérêt majoritaire dans une société concessionnaire peut être soumis à l'assentiment de l'autorité contractante.”

136. On a estimé que la recommandation 51, comme la recommandation 50, était indispensable pour préserver le caractère personnel de l'accord de projet et que, en conséquence, son contenu devrait être repris dans une disposition législative type.

Travaux de construction

Recommandation 52

137. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L'accord de projet devrait énoncer les procédures d'examen et d'approbation des plans et spécifications de l'ouvrage, le droit de l'autorité contractante de surveiller la construction dudit ouvrage ou les améliorations apportées à celui-ci, les conditions auxquelles elle peut ordonner des modifications des spécifications et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage, de ses équipements et de ses dépendances.”

138. Le Groupe de travail est convenu que la recommandation traitait de questions d'une nature essentiellement contractuelle et qu'aucune disposition législative type s'y rapportant n'était souhaitable.

Exploitation de l'infrastructure

Recommandation 53

139. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L'accord de projet devrait énoncer, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

- a) L'adaptation du service afin de répondre à la demande effective de ce service;
- b) La continuité du service;
- c) La fourniture du service, dans des conditions essentiellement identiques, à tous les usagers;
- d) L'accès non discriminatoire, selon qu'il convient, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le concessionnaire.”

140. On a estimé que la recommandation reflétait des principes fondamentaux du droit régissant les obligations des concessionnaires d'infrastructure dans certains systèmes juridiques et que, de ce fait, il pourrait être utile de la transformer en disposition législative type.

Recommandation 54

141. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L’accord de projet devrait indiquer:

a) La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l’autorité contractante ou à un organisme de réglementation, selon le cas, des rapports et d’autres informations sur ses activités;

b) Les procédures permettant de suivre les résultats du concessionnaire et de prendre les mesures raisonnables que l’autorité contractante ou un organisme de réglementation peut juger appropriées pour veiller à ce que l’ouvrage soit correctement exploité et à ce que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables.”

142. Le Groupe de travail est convenu que la recommandation traitait de questions d’une nature essentiellement contractuelle et qu’aucune disposition législative type s’y rapportant n’était souhaitable.

Recommandation 55

143. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Le concessionnaire devrait avoir le droit de publier et de faire appliquer les règles relatives à l’utilisation de l’ouvrage, sous réserve de l’approbation de l’autorité contractante ou d’un organisme de réglementation.”

144. Le Groupe de travail n’a pas jugé souhaitable ou nécessaire d’élaborer un projet de disposition législative type à partir de la recommandation 55.

Arrangements contractuels généraux

145. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Recommandation 56

“L’autorité contractante peut se réserver le droit d’examiner et d’approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou des personnes ayant un lien avec lui. En principe, l’autorité contractante ne devrait pas refuser son approbation, sauf si les contrats contiennent des dispositions incompatibles avec l’accord de projet ou manifestement contraires à l’intérêt général ou aux règles impératives relevant du droit public.”

Recommandation 57

“Le concessionnaire et ses prêteurs, assureurs et autres cocontractants devraient être libres de choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles, sauf lorsqu’un tel choix irait à l’encontre de l’ordre public du pays hôte.”

146. Le Groupe de travail a estimé que les recommandations 56 et 57 traitaient de questions d’une nature essentiellement contractuelle et qu’aucune disposition législative type s’y rapportant n’était souhaitable.

Recommandation 58

147. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L'accord de projet devrait énoncer:

- a) Les formes, la durée et les montants des garanties de bonne exécution que le concessionnaire peut être tenu de fournir pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage;
- b) Les polices d'assurance que le concessionnaire peut être tenu de souscrire;
- c) L'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit à la suite de modifications de la législation ou d'autres changements de la situation économique ou financière rendant l'exécution de l'obligation sensiblement plus onéreuse que ce qui était initialement prévu. L'accord de projet devrait par ailleurs prévoir, en cas de tels changements, des mécanismes de révision des clauses qui y figurent;
- d) La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans l'accord de projet en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable;
- e) Les voies de recours ouvertes à l'autorité contractante et au concessionnaire en cas de défaillance de l'autre partie.”

148. On a fait valoir que l'alinéa c) reflétait des principes fondamentaux du droit concernant l'exploitation des infrastructures dans certains systèmes juridiques et que, de ce fait, il pourrait être utile de traduire la recommandation en disposition législative type. S'agissant des autres alinéas de la recommandation, toutefois, le Groupe de travail a estimé qu'ils renvoyaient à des questions d'une nature essentiellement contractuelle et qu'il n'était pas souhaitable d'élaborer une disposition législative type à cet égard.

Recommandation 59

149. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L'accord de projet devrait énoncer les cas dans lesquels l'autorité contractante peut temporairement assurer l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions, en cas de manquement grave du concessionnaire à ses obligations.”

150. On a fait valoir que cette recommandation reflétait des principes fondamentaux du droit concernant l'exploitation des infrastructures dans certains systèmes juridiques et que, de ce fait, il pourrait être utile de la transformer en disposition législative type.

Recommandation 60

151. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L'autorité contractante devrait être autorisée à conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec l'assentiment de ladite

autorité, d'un nouveau concessionnaire dans le cadre de l'accord de projet en vigueur, si le concessionnaire initial manque gravement à l'obligation de fournir le service requis ou si surviennent d'autres événements donnés pouvant justifier la résiliation de l'accord de projet."

152. On a fait valoir que cette recommandation renfermait des conseils utiles de nature à faciliter le financement des projets d'infrastructure et que, de ce fait, il serait peut-être utile de la transformer en disposition législative type.

Chapitre V. Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet

Durée et prorogation de l'accord de projet

Recommandation 61

153. Le texte de la recommandation était le suivant:

"La durée de la concession devrait être précisée dans l'accord de projet."

154. Le Groupe de travail a estimé qu'il serait souhaitable d'élaborer une disposition législative type donnant suite à la recommandation 61.

Recommandation 62

155. Le texte de la recommandation était le suivant:

"La concession ne devrait pas être prorogée, sauf dans les cas prévus par la loi, tels que les suivants:

- a) Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable de l'une ou l'autre des parties;
- b) Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques;
- c) Prorogation pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans l'accord de projet et que le concessionnaire ne serait pas en mesure d'amortir pendant la durée normale de l'accord de projet."

156. Le Groupe de travail a estimé que cette recommandation énonçait un principe important pour assurer la transparence et éviter les abus dans la prorogation des accords de projet et qu'elle était donc susceptible d'être transformée en disposition législative type.

Résiliation de l'accord de projet

157. Le texte des recommandations pertinentes était le suivant:

Résiliation par l'autorité contractante*Recommandation 63*

“L'autorité contractante devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet:

- a) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations, en raison de son insolvabilité, d'un manquement grave ou pour d'autres motifs;
- b) Pour des raisons d'intérêt général, sous réserve de l'octroi de dommages-intérêts au concessionnaire.”

Résiliation par le concessionnaire*Recommandation 64*

“Le concessionnaire devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet dans des cas exceptionnels spécifiés dans la loi, tels que les suivants:

- a) Manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu de l'accord de projet;
- b) Exécution des obligations du concessionnaire rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'ordres de modification ou d'autres actes de l'autorité contractante, de changements imprévus des conditions ou d'actes d'autres autorités publiques, et absence de convention entre les parties sur une révision appropriée de l'accord de projet.”

Résiliation par l'une ou l'autre partie*Recommandation 65*

“L'une ou l'autre partie devrait avoir le droit de résilier l'accord de projet lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties devraient en outre avoir le droit de résilier l'accord de projet par consentement mutuel.”

158. Le Groupe de travail a estimé qu'il serait utile de formuler une disposition législative type pour donner suite aux recommandations 63 à 65.

Conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet**Transfert de biens à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire***Recommandation 66*

159. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L'accord de projet devrait indiquer les critères permettant de fixer, selon qu'il convient, l'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit pour des biens transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou lors de la résiliation de l'accord de projet.”

160. Le Groupe de travail a estimé que cette recommandation renvoyait à des questions d'une nature essentiellement contractuelle et qu'il n'était pas souhaitable d'élaborer une disposition législative type à cet égard.

Arrangements financiers lors de la résiliation

Recommandation 67

161. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L'accord de projet devrait spécifier les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation de l'accord de projet, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application de l'accord de projet et l'indemnisation du préjudice subi, y compris du manque à gagner.”

162. On a fait valoir que cette recommandation renfermait des conseils utiles de nature à faciliter le financement des projets d'infrastructure et que, de ce fait, il serait peut-être utile de la transformer en disposition législative type. On a fait observer qu'en rédigeant une disposition type, le Groupe de travail devrait examiner le lien entre la recommandation 67 et l'alinéa c) de la recommandation 58.

Liquidation et mesures de transfert

Recommandation 68

163. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L'accord de projet devrait indiquer, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

- a) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;
- b) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;
- c) La prestation, par le concessionnaire, des services d'exploitation et de maintenance et la fourniture de pièces de rechange, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire.”

164. On a fait valoir que la recommandation 68 portait sur des mesures de suivi significatives qui revêtaient une importance particulière pour les pays en développement et que, de ce fait, il était souhaitable de formuler une disposition législative type pour les prendre en compte.

Chapitre VI. Règlement des différends

Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

Recommandation 69

165. Le texte de la recommandation était le suivant:

“L'autorité contractante devrait être libre de convenir de mécanismes de règlement des différends considérés par les parties comme les mieux adaptés aux besoins du projet.”

166. De l'avis général, le principe exprimé dans la recommandation 69, conférant à l'autorité contractante la liberté de convenir de mécanismes de règlement des différends que les parties considéraient adaptés aux exigences particulières du projet (y compris l'arbitrage sans restriction), devrait être reflété dans les dispositions législatives types. Il a été souligné qu'une sanction législative de cette liberté constituerait un principe directeur utile non seulement pour les pays où existaient des interdictions explicites (pouvant tenir à l'objet du différend ou à la nature publique de l'autorité contractante), mais aussi pour les systèmes juridiques où il n'existait pas de disposition habilitante claire et où la mise en œuvre de mécanismes contractuels de règlement des différends pourrait être contrecarrée par les tribunaux judiciaires ou administratifs. En conséquence, le secrétariat a été prié de rédiger une disposition type reflétant le contenu de la recommandation 69.

167. À cet égard, on a indiqué qu'il faudrait peut-être des mécanismes différents pour chaque phase d'un projet d'infrastructure. On a précisé que des mécanismes pouvant convenir pour la phase des soumissions, où les parties n'avaient pas encore conclu d'accord, ne seraient peut-être pas appropriés pour les différends nés après l'attribution et la conclusion de l'accord de projet. De même, il faudrait peut-être des mécanismes particuliers pour les diverses phases ultérieures de la réalisation du projet.

168. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, il n'était pas souhaitable d'insérer de telles distinctions dans la disposition législative type reflétant la teneur de la recommandation 69. On a précisé à ce propos que cette recommandation était destinée à avoir un caractère général et ne visait pas à proposer une méthode particulière de règlement des différends.

169. Une question a été soulevée au sujet du lien entre la recommandation 69 et la recommandation 10, qui prévoit le droit du concessionnaire de demander un réexamen des décisions touchant à la réglementation par un organisme indépendant et impartial. Il a été répondu que la recommandation 10 envisageait principalement des situations où la loi disposait que les plaintes émanant de prestataires de services publics devraient être déposées auprès d'une entité autre que l'autorité contractante, telle qu'un organisme de réglementation ou un autre organisme public, alors que la recommandation 69 portait seulement sur les différends surgissant entre le concessionnaire et l'autorité contractante.

170. Tout en reconnaissant qu'il importait d'attirer l'attention du législateur du pays hôte sur la nécessité de prévoir des mécanismes de règlement des différends pour traiter des situations envisagées dans la recommandation 10, le Groupe de travail est convenu que la tentative d'élaborer des projets de dispositions législatives types

pour mettre en œuvre la recommandation 10 pourrait se révéler difficile, étant donné la diversité des mécanismes qu'il faudrait prendre en considération. Il a donc décidé qu'une telle disposition type n'était pas souhaitable. Néanmoins, une référence appropriée, éventuellement dans une note accompagnant les dispositions législatives types, devrait souligner l'importance des procédures de réexamen des décisions touchant à la réglementation pour atteindre l'objectif de transparence énoncé dans la recommandation.

Différends entre les promoteurs du projet et entre le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs

Recommandation 70

171. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Le concessionnaire et les promoteurs du projet devraient être libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler les différends commerciaux entre les promoteurs du projet ou entre le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.”

172. Il a été noté que la recommandation 70 exposait utilement un aspect particulier du principe général de la liberté contractuelle énoncé dans la recommandation 57. Par conséquent, il a été convenu qu'il serait utile d'élaborer une disposition législative type tenant compte de cette recommandation, afin soit d'éliminer les obstacles juridiques existants, soit de surmonter les pratiques contraires éventuelles des autorités judiciaires ou administratives.

Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage

Recommandation 71

173. Le texte de la recommandation était le suivant:

“Le concessionnaire peut être tenu de prévoir des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant de ses clients ou d'usagers de l'ouvrage.”

174. Il a été souligné que la recommandation 71 ne traitait pas des différends majeurs entre le concessionnaire et ses clients ou les usagers de l'ouvrage, mais des réclamations ou des désaccords qui n'avaient pas encore atteint ce stade. Étant donné la diversité des mécanismes pouvant être mis en place pour donner suite à la recommandation et le caractère pratique et non législatif de la question, le Groupe de travail est convenu qu'aucune disposition législative type incorporant la teneur de cette recommandation n'était souhaitable.

C. Lien entre les dispositions législatives types et le Guide législatif

175. Ayant achevé l'examen des recommandations concernant la législation contenues dans le Guide législatif, le Groupe de travail a commencé à examiner la question du lien entre les dispositions législatives types et le Guide.

176. À titre d'observation générale, il a été noté que conformément au mandat que la Commission a donné au Groupe de travail, les dispositions législatives types

devraient s'ajouter au Guide législatif, mais qu'aucune d'entre elles n'était censée se substituer aux recommandations qui y figuraient.

177. Il a été souligné à cet égard qu'il faudrait indiquer clairement, par exemple dans le préambule du Guide législatif ou dans des notes explicatives s'y rapportant, qu'il était nécessaire que les législateurs tiennent compte de toutes les recommandations du Guide, que celles-ci aient été ou non expressément traitées dans les dispositions législatives types. D'une manière générale, il a été réaffirmé que le Guide législatif était un document précieux qui devrait être conservé, et qu'il fallait donc considérer que les dispositions législatives types avaient pour objet de le compléter et non de le remplacer. Pour ce qui est de la méthode à utiliser pour parvenir à un tel résultat, plusieurs suggestions ont été faites: il a été notamment proposé d'établir un lien entre les deux textes en ajoutant des notes de bas de page ou des renvois aux chapitres pertinents du Guide, ou de rédiger un avant-propos s'inspirant de celui qui a été inclus dans le Guide pour expliquer le lien entre les recommandations et les notes.

178. Il a également été proposé de reproduire, en regard du texte de chaque disposition législative type, le texte des recommandations législatives correspondantes. Bien que cette suggestion ait recueilli un certain appui, on a craint que cela induise en erreur quant à la nature et l'importance respectives des dispositions, en particulier lorsque leurs libellés ne présentaient que de légères différences. On a craint aussi que la visibilité et, en fin de compte, l'utilité des dispositions législatives types s'en trouvent diminuées.

179. Après un débat, il a été largement estimé qu'il serait prématuré de prendre une décision finale sur ce point. Le Groupe de travail a donc jugé souhaitable d'y revenir à un stade ultérieur, tout en tenant compte de toutes ces suggestions.

180. Le lien entre les dispositions législatives types sur la sélection du concessionnaire et la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés a fait l'objet d'un débat particulier. À cet égard, il a été proposé a) que le préambule ou les notes explicatives se rapportant aux dispositions législatives types indiquent clairement que la procédure de sélection est différente des appels d'offre, et b) que des références plus détaillées aux dispositions particulières de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés figurent dans les notes ou ailleurs.

Notes

¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17)*, par. 369.

² Sous réserve de l'approbation de la Commission à sa trente-cinquième session.

³ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17)*, par. 195 à 368.

⁴ *Ibid.*, par. 375.

⁵ *Ibid.*, par. 379.

⁶ *Ibid.*, *cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17)*, par. 369.

⁷ *Ibid.*, *cinquante-troisième session, Supplément n° 17 (A/53/17)*, par. 168.