



Assemblée générale

Distr.: Générale
4 décembre 2002

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-sixième session

Vienne, 30 juin-18 juillet 2003

Projet d'additif au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé

Note du secrétariat

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-11	2
II. Projet d'additif au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé: projets de dispositions législatives types	12-86	3
A. Dispositions générales	13-18	4
B. Sélection du concessionnaire	19-54	5
C. Construction et exploitation de l'infrastructure	55-73	10
D. Durée, prorogation et résiliation de l'accord de concession	74-82	13
E. Règlement des différends	83-86	15
III. Questions non traitées dans les projets de dispositions législatives types	87-100	15
A. Questions traitées au chapitre premier, "Cadre législatif et institutionnel général", du Guide législatif de la CNUDCI	87-91	15
B. Questions traitées au chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", du Guide législatif de la CNUDCI	92-94	16
C. Questions traitées au chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", du Guide législatif de la CNUDCI	95-99	17
D. Questions traitées au chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", du Guide législatif de la CNUDCI	100	17
IV. Lien entre les projets de dispositions législatives types et les recommandations concernant la législation	101-105	18



I. Introduction

1. À sa trente-troisième session, tenue à New York du 12 juin au 7 juillet 2000, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international avait adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, comprenant des recommandations concernant la législation (A/CN.9/471/Add.9), telles que modifiées par la Commission à cette session, et des notes relatives à ces recommandations (A/CN.9/471/Add.1 à 8), dont le secrétariat a été autorisé à établir le texte final à la lumière des délibérations de la Commission¹. Le Guide législatif a été publié dans toutes les langues officielles en 2001.

2. À la même session, la Commission avait également examiné une proposition concernant les travaux futurs dans ce domaine. L'avis avait été émis que, même si le Guide législatif devait constituer une référence utile pour le législateur national 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 particulières².

3. Après examen de cette proposition, la Commission avait décidé d'étudier, à sa trente-quatrième session, l'opportunité et la possibilité d'élaborer 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 avait été prié d'organiser un colloque, en coopération avec d'autres organisations ou institutions financières internationales intéressées, en vue de diffuser des informations sur le Guide³.

4. Un 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 en mobilisant la participation du secteur privé. Il s'est tenu à Vienne, du 2 au 4 juillet 2001 au cours de la deuxième semaine de la trente-quatrième session de la Commission.

5. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a pris note avec satisfaction des résultats du Colloque, dont le compte rendu figure dans une note du secrétariat (A/CN.9/488) et a exprimé sa gratitude au PPIAF pour son appui financier et organisationnel, ainsi qu'aux diverses organisations internationales, intergouvernementales et non gouvernementales représentées, et aux orateurs du Colloque.

6. Les diverses opinions exprimées quant à l'opportunité et à la faisabilité de travaux plus poussés par la Commission dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé sont indiquées dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-quatrième session⁴. La Commission est convenue qu'il faudrait confier à un groupe de travail le soin d'élaborer des dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé. Elle a été d'avis que, si l'on voulait que les travaux soient réalisés dans un délai raisonnable, il était essentiel de choisir un domaine spécifique parmi les nombreuses questions traitées dans le Guide. Il a donc été convenu que le Groupe de travail devrait consacrer sa première session au recensement des questions particulières

susceptibles de donner lieu à des dispositions législatives types, qui pourraient éventuellement prendre la forme d'un additif au Guide⁵.

7. Le Groupe de travail (précédemment dénommé Groupe de travail sur les délais et la prescription dans le domaine de la vente internationale des objets mobiliers corporels) a tenu sa quatrième session à Vienne du 24 au 28 septembre 2001. Il était saisi du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. Il a décidé d'utiliser les recommandations concernant la législation contenues dans le Guide comme base de ses délibérations.

8. Conformément à une proposition qui avait été faite au Colloque (A/CN.9/488, par. 19), le Groupe de travail a été invité à consacrer son attention à une phase particulière des projets d'infrastructure, à savoir la sélection du concessionnaire, en vue d'élaborer des propositions de texte spécifiques pour les dispositions législatives. Il a néanmoins été d'avis qu'il serait peut-être souhaitable d'avoir des dispositions législatives types sur divers autres sujets (voir A/CN.9/505, par. 18 à 174). Il a prié le secrétariat d'élaborer des dispositions législatives types dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, sur la base de ces délibérations et décisions, pour les soumettre au Groupe de travail à sa cinquième session pour examen et discussion plus approfondis.

9. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de dispositions législatives types fondamentales (ci-après "projets de dispositions types") à sa cinquième session tenue à Vienne du 9 au 13 septembre 2002). Il a examiné les projets qui avaient été préparés par le secrétariat avec l'aide d'experts extérieurs et en a approuvé le texte, tel qu'il figurait en annexe à son rapport sur cette session (A/CN.9/521). Il a prié le secrétariat de distribuer lesdits projets de dispositions types aux États pour commentaires et de les présenter avec les commentaires reçus à la Commission, pour examen et adoption, à sa trente-sixième session qui doit se tenir à Vienne du 30 juin au 18 juillet 2003.

10. La section II du présent document contient de brèves notes explicatives sur les projets de dispositions types. La section III fait référence à des questions traitées dans le Guide législatif de la CNUDCI pour lesquelles des projets de dispositions types n'ont pas été élaborés. La section IV présente les différentes options dont dispose la Commission pour ce qui est du lien entre les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation.

11. Les additifs à la présente note contiennent les textes suivants: a) les projets de dispositions types, tels qu'ils ont été approuvés par le Groupe de travail; et b) un tableau de concordance présentant côte à côte les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation auxquelles elles se rapportent.

II. Projet d'additif au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé: projets de dispositions législatives types

12. Les projets de dispositions législatives types ont été élaborés par le secrétariat avec l'aide d'experts extérieurs, comme l'avaient demandé la Commission et le Groupe de travail. Ils développent plus avant les principes législatifs sous-jacents aux recommandations concernant la législation contenue dans le Guide à propos desquelles le Groupe de travail avait décidé, à ses quatrième et cinquième sessions,

que de tels projets de dispositions devraient être élaborés. Ils sont, à l'occasion, accompagnés de notes destinées à donner des avis spécifiques et des orientations aux législateurs des États adoptants concernant les questions de politique générale relatives aux projets de dispositions types pertinents et aux options disponibles pour les appliquer. Par souci de commodité, les projets de dispositions types suivent d'aussi près que possible la séquence des recommandations concernant la législation telles qu'elles figurent dans le Guide législatif de la CNUDCI.

A. Dispositions générales

Disposition type 1. Préambule

13. À sa quatrième session, 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 (A/CN.9/505, par 91).

Disposition type 2. Définitions

14. Sauf indication contraire, toutes les définitions figurant dans le projet de disposition type proviennent ou sont inspirées du Guide législatif de la CNUDCI (voir, en particulier, Guide législatif de la CNUDCI, "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 9 à 20).

Autorité contractante

15. En reliant la notion d'"autorité contractante" à celle de "contrat de concession", la définition proposée vise à éviter la difficulté consistant à faire référence à l'entité effectivement responsable de l'exécution de projets d'infrastructure.

Contrat de concession

16. A sa cinquième session, le Groupe de travail a noté que, étant donné la difficulté de proposer une définition du terme "concession" qui serait acceptable par divers systèmes juridiques, le secrétariat avait suggéré de regrouper les notions d'"accord de projet" et de "concession", qui avaient été employées dans le Guide législatif, dans une définition unique. L'emploi du terme "accord de concession" par rapport à la notion correspondante d'"accord de projet", qui a été employée dans le Guide législatif, aurait l'avantage, a-t-on dit, de faciliter l'incorporation des projets de dispositions types dans les systèmes juridiques nationaux, car ce terme, qui dans le passé était employé surtout dans les seuls systèmes de droit romain, l'était également de plus en plus dans les systèmes de *common law*.

17. Pour ces raisons, le Groupe de travail est convenu que des termes comme "accord de concession" ou "contrat de concession" seraient préférables à "accord de projet". Parmi les différentes variantes proposées, les participants ont finalement exprimé une préférence pour le terme "contrat de concession", car il était déjà

employé dans de nombreux systèmes juridiques et était moins ambigu que le mot “accord” qui, selon certaines délégations, convenait davantage dans un contexte de droit public (A/CN.9/521, par. 34 et 35).

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des accords de concession

Disposition type 4. Secteurs d’infrastructure dans lesquels des contrats de concession peuvent être conclus

18. Le projet de disposition type 3 est fondé sur la recommandation 2 et le projet de disposition type 4 sur la recommandation 4.

B. Sélection du concessionnaire

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection

19. Le projet de disposition type reflète les principes inspirant la recommandation 14. Les notes qui l’accompagnent visent à mettre en lumière la relation étroite entre les procédures de sélection d’un concessionnaire et les lois générales de l’État adoptant sur la passation des marchés publics.

1. Présélection des soumissionnaires

Disposition type 6. Objet de la présélection et procédure de présélection

20. Bien qu’il n’y ait pas de recommandation spécifique correspondant au contenu du paragraphe 1 de la disposition type 6, celle-ci a été estimée nécessaire pour compléter les autres dispositions sur la présélection afin de préciser l’objet de cette procédure et de poser les règles essentielles la régissant (voir A/CN.9/521, par. 45). La disposition type s’inspire du paragraphe 1 de l’article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services (ci-après “Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics”).

21. Le paragraphe 3 contient quelques éléments supplémentaires provenant du paragraphe 36 du chapitre III du Guide législatif. Les éléments mentionnés au paragraphe 4 ont été ajoutés pour assurer la transparence en ce qui concerne les informations importantes visées dans les projets de dispositions types 7 à 9 et 30.

22. Le paragraphe 5 précise que les règles générales de l’État adoptant régissant la sélection des soumissionnaires ne s’appliquent que dans la mesure où cette question n’est pas traitée dans les paragraphes 1 à 4 du projet de disposition type.

Disposition type 7. Critères de présélection

23. La disposition type 7 est fondée sur le contenu de la recommandation 15.

Disposition type 8. Participation de consortiums

24. Les paragraphes 1 et 2 du projet de disposition type sont fondés sur la recommandation 16. Le paragraphe 2 réaffirme pour l’essentiel l’approche restrictive adoptée par la CNUDCI dans son Guide législatif de manière que chacun des membres d’un consortium admis ne puisse participer, directement ou par l’intermédiaire de filiales, qu’à une seule soumission pour le projet. Toutefois, la référence, au paragraphe 2, à la possibilité d’une exception, vise à rendre la règle

plus souple, car il peut y avoir des cas où un projet ne pourrait être exécuté sans une certaine société, en raison de ses compétences particulières.

25. Les paragraphes 1 et 2 ont été rédigés de manière à refléter l’avis figurant aux paragraphes 41 et 42 du chapitre III “Sélection du concessionnaire” du Guide législatif de la CNUDCI.

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

26. Bien qu’il n’y ait pas de recommandation spécifique à laquelle corresponde le contenu du paragraphe 1 du projet de disposition type 9, cette disposition semble nécessaire pour préciser de quelle manière est prise une décision sur les qualifications des soumissionnaires. La disposition s’inspire du paragraphe 5 de l’article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

27. Le paragraphe 2 du projet de disposition type est fondé sur la recommandation 17.

28. Contrairement au Guide législatif, les projets des dispositions types n’emploient pas d’expressions telles que “liste restreinte” ou “liste définitive”. Le Groupe de travail a été d’avis que les adjectifs “restreinte” et “définitive” n’étaient pas nécessaires dans un texte législatif pour qualifier la liste des soumissionnaires qui seraient ensuite invités par l’autorité contractante à soumettre des propositions (voir A/CN.9/521, par. 60).

2. Procédure de sollicitation de propositions

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

29. Le paragraphe 1, qui reflète l’objet de la recommandation 18, est fondé sur l’article 26 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

30. Les paragraphes 2 et 3 sont fondés sur la recommandation 19. L’alinéa a) du paragraphe 3 fait référence aux “principales clauses contractuelles” proposées par l’autorité contractante, au lieu simplement des “clauses contractuelles proposées” pour éviter de donner l’impression que l’on attendrait d’une autorité contractante qu’elle ait élaboré des documents relatifs au contrat détaillés à ce stade précoce du processus de sélection. L’alinéa b) du paragraphe 3 est une version légèrement modifiée de l’alinéa b) de la recommandation 19; il a été aligné sur le texte de l’analyse faite au paragraphe 57 du chapitre III du Guide législatif de la CNUDCI pour indiquer clairement que les soumissionnaires ne participeraient pas nécessairement aux réunions convoquées à ce stade. L’alinéa c) du paragraphe 3 précise l’alinéa c) de la recommandation 19 en énonçant les éléments auxquels il est fait référence au paragraphe 58 du chapitre III du Guide législatif. L’alinéa d) du paragraphe 3, qui est fondé sur le paragraphe 4 de l’article 46 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, a été ajouté pour préciser la séquence des actions pendant la première phase de la procédure.

31. À des fins de transparence et de responsabilisation, l’alinéa b) du paragraphe 3 exige que l’autorité contractante soit tenue de conserver les procès-verbaux de toute réunion convoquée ou de toute discussion tenue avec des soumissionnaires, dans lesquels seraient consignés les points soulevés par ces derniers et les éclaircissements fournis par elle (voir A/CN.9/521, par. 68). Pour la même raison et

pour limiter la possibilité de changements abusifs visant à favoriser certains soumissionnaires, l'alinéa c) du paragraphe 3 exige que l'autorité contractante indique dans les actes et informations liés à la procédure de sélection qu'elle doit conserver, comme prévu dans le projet de disposition type 26, les motifs de toute modification apportée aux éléments de la sollicitation de propositions conformément à l'alinéa c) du paragraphe 3 (A/CN.9/521, par. 69).

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation définitive de propositions

32. La disposition type 11 est fondée sur la recommandation 20. Compte tenu de la deuxième phrase de la recommandation 26 et de l'analyse faite au paragraphe 69 du chapitre III du Guide législatif de la CNUDCI, l'alinéa c) exige que la sollicitation définitive de propositions indique les clauses contractuelles considérées comme non négociables par l'autorité contractante. L'alinéa d) contient une référence spécifique aux seuils fixés pour évaluer les propositions, dont il est question à la recommandation 24.

Disposition type 12. Garanties de soumission

33. Bien qu'il n'y ait pas de recommandation spécifique sur ce sujet, le Groupe de travail a jugé le projet de disposition type utile, car les circonstances dans lesquelles les soumissionnaires risquaient de perdre leurs garanties de soumission pouvaient différer selon qu'il s'agissait d'une procédure de sélection pour l'exécution d'un projet d'infrastructure à financement privé ou de la passation d'autres types de marchés (voir A/CN.9/521, par. 76).

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications

34. Le projet de disposition est fondé sur la recommandation 21. Le texte qui a été ajouté vise à préciser la portée des modifications à la sollicitation de propositions. Le renvoi qui est fait au projet de disposition type 11 vise à rappeler aux autorités contractantes la nécessité de ne pas modifier inutilement les éléments essentiels de la sollicitation de propositions. À des fins de transparence, l'autorité contractante est tenue d'indiquer dans les actes et informations liés à la procédure de sélection, qu'elle doit conserver comme prévu dans le projet de disposition type 26, les motifs de toute modification apportée au contenu de la sollicitation de propositions conformément au projet de disposition type (voir A/CN.9/521, par. 82).

Disposition type 14. Critères d'évaluation

35. Le projet de disposition type est fondé sur les recommandations 22 et 23, qui ont été combinées pour une lecture plus facile.

36. Le Groupe de travail a été d'accord avec la suggestion faite par les experts extérieurs qui avaient été consultés par le secrétariat sur le fait qu'il serait plus approprié de faire figurer l'alinéa d) de la recommandation 22 concernant le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions, dans les aspects commerciaux des propositions (recommandation 23). C'est pourquoi il apparaît à l'alinéa g) du paragraphe 2 dans la disposition type 14 (voir A/CN.9/521, par. 86).

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

37. Le projet de disposition type est fondé sur le contenu de la recommandation 24. Le titre a été modifié pour refléter de façon plus précise la portée de la disposition type. Une nouvelle disposition, au paragraphe 1, a été ajoutée pour préciser la séquence des actions de l'autorité contractante pour évaluer les propositions.

Disposition type 16. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères

38. Ce projet de disposition type, qui figurait auparavant au paragraphe 3 du projet de disposition type 9, a été placé dans une disposition type distincte, car le Groupe de travail tenait à faire ressortir que l'autorité contractante serait fréquemment amenée à demander au soumissionnaire, après la fin de la phase de présélection, la confirmation que ses qualifications correspondaient bien aux critères. Le projet de disposition type est fondé sur la recommandation 25. Afin de préciser les critères de qualification que l'autorité contractante devrait utiliser dans cette situation, le Groupe de travail est convenu d'ajouter à la nouvelle disposition législative type une note reprenant sur le fond la dernière phrase du paragraphe 6 de l'article 34 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (voir A/CN.9/521, par. 92 et 93).

Disposition type 17. Négociations finales

39. Le projet de disposition type se fonde sur les recommandations 26 et 27, qui ont été combinées pour une lecture plus facile. À la suite des suggestions faites lors des consultations du secrétariat avec les experts extérieurs, le paragraphe 2 comporte l'obligation d'informer les soumissionnaires et de leur demander de présenter leur "meilleure offre définitive" dans un délai spécifié avant que l'autorité contractante ne mette fin aux négociations. La procédure prescrite à cette fin dans le projet de disposition type suit le paragraphe 8 de l'article 48 et le paragraphe 4 de l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

3. Attribution d'une concession sans procédure de mise en compétition**Disposition type 18. Circonstances autorisant l'attribution sans procédure de mise en compétition**

40. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 28.

41. Afin d'assurer la transparence des négociations menées conformément à l'alinéa f), le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait exiger de l'autorité contractante qu'elle indique dans le dossier qu'elle était tenue de conserver en vertu de la disposition type 26, les raisons qui l'avaient amenée à s'écarter du cahier des charges et des clauses contractuelles initiaux. Il a également convenu qu'il faudrait ajouter à l'alinéa f) une note apportant cette précision (voir A/CN.9/521, par. 103).

42. À la quatrième session du Groupe de travail, il avait été suggéré d'élargir la portée de l'alinéa g) en ajoutant les termes "ou dans d'autres cas de la même nature exceptionnelle, définis par la loi" (voir A/CN.9/505, par. 63). À sa cinquième session, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait conserver ces mots, mais que ceux-ci devraient figurer dans la note se rapportant à l'alinéa et non dans le corps du

texte. Il est également convenu de supprimer les crochets entourant le mot “impérieuse” (voir A/CN.9/521, par. 104).

Disposition type 19. Procédures de négociation d'un contrat de concession

43. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 29. L'alinéa initial c) de cette dernière relève maintenant de la disposition générale relative à l'avis d'attribution du projet dans le projet de disposition type 25.

44. Afin d'accroître la transparence en cas d'attribution d'un contrat de concession sans procédure de mise en compétition, le Groupe de travail est convenu que le libellé de l'alinéa b) impliquait que le soumissionnaire avec lequel l'autorité contractante engageait des négociations directes devrait avoir apporté la preuve qu'il remplissait certains critères de qualification. Il a été convenu d'ajouter à cet effet une note se rapportant à cet alinéa (voir A/CN.9/521, par. 108).

4. Propositions spontanées

Disposition type 20. Admissibilité des propositions spontanées

45. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 30.

Disposition type 21. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

46. Le projet de disposition type se fonde sur les recommandations 31 et 32. Le paragraphe 3 complète la recommandation 32 en vue de préciser les relations entre les droits de propriété intellectuelle de l'auteur et l'utilisation par l'autorité contractante des informations fournies par l'auteur.

47. Le mot “potentiel” au paragraphe 1 a été ajouté du fait qu'à un stade aussi précoce de l'examen d'une proposition spontanée, il n'était pas possible de déterminer de manière définitive si un projet présentait ou non un intérêt général. La note relative à ce paragraphe a été ajoutée car les États adoptants peuvent souhaiter énoncer, éventuellement dans des dispositions réglementaires spéciales, les critères à utiliser pour évaluer les qualifications de l'auteur de la proposition, lesquels pourraient s'inspirer des critères mentionnés dans le projet de disposition type 7 (A/CN.9/521, par. 114 et 115).

Disposition type 22. Propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés

48. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 33.

49. La conjonction “et” est employée à la place de “ou” pour relier les alinéas a) et b) du paragraphe 1, car le Groupe de travail a été d'avis que les conditions énoncées dans ces alinéas devraient être cumulatives (A/CN.9/521, par. 120).

Disposition type 23. Propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

50. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu des recommandations 34 et 35.

5. Dispositions diverses

Disposition type 24. Confidentialité des négociations

51. La disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 36. La première phrase est tirée de l'article 45 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. La référence aux "mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants" a été ajoutée pour éviter une interprétation trop restrictive de cette disposition.

Disposition type 25. Avis d'attribution du projet

52. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 37.

Disposition type 26. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

53. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 38. La note a été ajoutée car le Groupe de travail a estimé que le projet de disposition type devrait recommander avec plus d'insistance aux États adoptants de revoir leur législation pour veiller à ce qu'elle tienne compte des règles de transparence internationalement reconnues (A/CN.9/521, par. 135).

Disposition type 27. Procédures de recours

54. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 39.

C. Construction et exploitation de l'infrastructure

Disposition type 28. Contenu de l'accord de concession

55. À sa quatrième session, le Groupe de travail a été d'avis dans l'ensemble que diverses questions traitées au chapitre IV du Guide législatif de la CNUDCI étaient de nature contractuelle et n'exigeaient pas de dispositions types particulières (voir A/CN.9/505, par. 110 à 116). Il est néanmoins convenu qu'il serait utile de rédiger une disposition législative type énumérant les questions essentielles devant être abordées dans l'accord de projet. Il a prié le secrétariat de préparer un premier projet de disposition à partir des intitulés qui précédaient les recommandations 41 à 68, en apportant les modifications éventuellement nécessaires pour indiquer clairement, mais sans détails inutiles, les différents sujets à aborder dans cet accord (voir A/CN.9/505, par. 114).

56. Pour donner suite à cette demande, le projet de disposition type, qui reflète le principe de la recommandation 40, contient une liste de questions à traiter dans l'accord de projet. Comme indiqué ci-après, certaines de ces questions font également l'objet de dispositions types particulières, tandis que d'autres ont trait à des recommandations pour lesquelles le Groupe de travail n'a exigé aucune disposition:

a) L'alinéa a) se fonde en partie sur le paragraphe 1 du chapitre IV du Guide législatif de la CNUDCI;

b) L'alinéa b) se réfère en partie à des questions traitées dans la recommandation 5;

- c) L'alinéa c) se réfère à des questions traitées dans la recommandation 6;
- d) L'alinéa d) se réfère à des questions traitées dans les recommandations 42 et 43 et dans le projet de disposition type 29;
- e) L'alinéa e) se réfère à des questions traitées dans les recommandations 44 et 45 et dans les projets de dispositions types 30 à 32;
- f) L'alinéa f) se réfère à des questions traitées dans les recommandations 46 et 48. À la cinquième session du Groupe de travail, on a noté que dans certains pays la perception par le concessionnaire de redevances ou de droits auprès des utilisateurs en rémunération des services fournis était un élément constitutif de la concession. Il a donc été suggéré de supprimer les mots "s'il y a lieu" qui figuraient à la première ligne. On a objecté que l'intention, dans le projet de disposition type, était de donner au législateur des indications sur le contenu possible du contrat de concession, et non de réenoncer les éléments de la notion de "concession" dans tel ou tel système juridique. Afin de faire mieux ressortir le caractère indicatif de l'alinéa, il a été convenu de remplacer le membre de phrase "en particulier et s'il y a lieu, le droit du concessionnaire de demander, recevoir ou percevoir des" par les termes "qu'elle consiste en" (voir A/CN.9/521, par. 147);
- g) L'alinéa g) se fonde sur le contenu de la recommandation 52;
- h) L'alinéa h) se réfère à des questions traitées dans la recommandation 53 et dans le projet de disposition type 37;
- i) L'alinéa i) s'inspire des recommandations 52 et 54 b);
- j) L'alinéa j) s'inspire de la recommandation 54 a);
- k) L'alinéa k) résume les conseils sur les arrangements contractuels qui sont donnés aux paragraphes 73 à 76 du chapitre IV du Guide législatif et est le complément naturel des alinéas h) et i);
- l) L'alinéa l) se fonde sur le contenu de la recommandation 56;
- m) L'alinéa m) se fonde sur le contenu de la recommandation 58 a) et b);
- n) L'alinéa n) se fonde sur le contenu de la recommandation 58 e);
- o) L'alinéa o) se fonde sur le contenu de la recommandation 58 d);
- p) L'alinéa p) se fonde sur le contenu de la recommandation 61;
- q) L'alinéa q) se fonde sur le contenu de la recommandation 67;
- r) L'alinéa r) se réfère à des questions traitées dans la recommandation 69 et dans le projet de disposition type 49;

57. Dans la version anglaise, les mots "such as", dans le chapeau du projet de disposition type, ont été employés par le Groupe de travail pour insister sur l'idée que la liste, tout en ayant trait à des questions essentielles, ne visait pas à être obligatoire dans son intégralité. Le Groupe de travail est convenu à sa cinquième session que le texte n'était pas censé suggérer qu'un contrat qui ne contiendrait pas l'un quelconque des éléments énumérés dans le projet de disposition type serait nul, et ce sans préjudice de l'éventuelle responsabilité interne des agents de l'autorité contractante, question qui était laissée aux lois nationales des États adoptants et

n'entrait pas dans le champ d'application des projets de dispositions types (voir A/CN.9/521, par. 144 à 146).

Disposition type 29. Droit applicable

58. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 41 si ce n'est que, contrairement à cette dernière, il envisage la possibilité pour les parties de s'entendre dans le contrat de concession sur l'application d'un droit autre que le droit de l'État adoptant (voir A/CN.9/521, par. 151 à 153).

Disposition type 30. Organisation du concessionnaire

59. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu des recommandations 42 et 43.

Disposition type 31. Propriété des biens

60. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 44.

Disposition type 32. Acquisition du site du projet

Disposition type 33. Servitudes

61. Les projets de dispositions types 32 et 33 se fondent sur le contenu de la recommandation 45, qui a été scindée en deux pour une lecture plus facile.

Disposition type 34. Arrangements financiers

62. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu des recommandations 46 et 47.

Disposition type 35. Sûretés

63. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 49.

Disposition type 36. Cession de l'accord de concession

64. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 50.

Disposition type 37. Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire

65. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 51.

Disposition type 38. Exploitation de l'infrastructure

66. Le paragraphe 1 de la disposition type 38 se fonde sur le contenu des recommandations 53 et 55.

67. Le Groupe de travail a réexaminé la question de l'opportunité d'inclure une disposition type traitant du droit du concessionnaire de publier et de faire appliquer des règles concernant l'utilisation de l'ouvrage, disposition type qu'il n'avait pas, à sa quatrième session, jugée nécessaire (voir A/CN.9/505, par. 144). Il a été fait observer que certains pays qui avaient recours depuis longtemps à la concession des services publics reconnaissaient au concessionnaire le pouvoir d'établir des règles destinées à faciliter la fourniture du service (telles que des instructions à l'intention

des usagers ou des règles de sécurité), de prendre des mesures raisonnables pour faire respecter ces règles et de suspendre la fourniture du service en cas d'urgence ou pour des raisons de sécurité. Toutefois, étant donné le caractère essentiel de certains services publics, une autorisation législative était parfois nécessaire pour que ce pouvoir puisse être exercé par une entité autre que le gouvernement. Le Groupe de travail est donc convenu, à sa cinquième session, qu'il serait utile de conserver la disposition contenue dans le paragraphe 2 (A/CN.9/521, par. 183).

Disposition type 39. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation

68. Le projet de disposition type 39 s'inspire de la recommandation 58 c). Un certain nombre d'éléments ont toutefois été ajoutés de manière à refléter le degré de détail de l'analyse faite aux paragraphes 122 à 125 du chapitre IV du Guide législatif.

Disposition type 40. Révision de l'accord de concession

69. Le projet de disposition 40 s'inspire de la recommandation 58 c). Un certain nombre d'éléments ont toutefois été ajoutés de manière à refléter le degré de détail de l'analyse faite aux paragraphes 126 à 130 du chapitre IV du Guide législatif.

70. Le projet de disposition type ne traite pas la question des conséquences d'un désaccord entre l'autorité contractante et le concessionnaire à propos d'une révision du contrat de concession. Cette question est abordée dans le projet de disposition type 45, alinéa b).

Disposition type 41. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante

71. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 59.

Disposition type 42. Substitution de concessionnaire

72. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 60.

73. À sa cinquième session, le Groupe de travail a rejeté la suggestion visant à ce que la disposition mentionne aussi le concessionnaire parmi les parties à l'accord énonçant les modalités et conditions de la substitution. Il a également rejeté la suggestion tendant à limiter les circonstances entraînant la substitution à un manquement grave par le concessionnaire aux obligations lui incombant en vertu du contrat de concession. Il a estimé que les modifications proposées s'écartaient de la politique générale sur laquelle reposait le Guide législatif (voir A/CN.9/521, par. 201 à 204).

D. Durée, prorogation et résiliation de l'accord de concession

Disposition type 43. Durée et prorogation de l'accord de concession

74. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 62.

75. À la cinquième session du Groupe de travail, on a fait observer que le contenu du projet de disposition type, en particulier son alinéa c), était trop strict, car il ne

donnait pas à l'autorité contractante et aux concessionnaires la possibilité de se mettre d'accord pour proroger le contrat de concession. En réponse à cette observation, on a fait observer que la disposition suivait sur ce point le Guide législatif qui spécifiait qu'une telle prorogation ne devait être autorisée que si la loi de l'État adoptant en prévoyait la possibilité. Le Groupe de travail a, pour cette raison, décidé de maintenir inchangé le corps du texte de la disposition. Il a alors été suggéré d'ajouter à cette dernière une note visant à rappeler aux États adoptants qu'ils pouvaient envisager la possibilité d'une prorogation du contrat de concession par accord mutuel entre l'autorité contractante et le concessionnaire pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Le Groupe de travail a souscrit à cette suggestion (A/CN.9/521, par. 207 et 208).

Disposition type 44. Résiliation de l'accord de concession par l'autorité contractante

76. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 63.

77. On a ajouté le mot "impérieuses" après le mot "raisons", à l'alinéa b), de manière à aligner de plus près la disposition sur le Guide législatif et à assurer la cohérence avec la note ajoutée au projet de disposition type 43. Afin d'éclairer les États adoptants sur la signification de la notion de raisons "impérieuses" d'intérêt général, le Groupe de travail a décidé d'ajouter à l'alinéa b) une note renvoyant au texte pertinent du Guide législatif (A/CN.9/521, par. 212).

Disposition type 45. Résiliation de l'accord de concession par le concessionnaire

78. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 64. L'alinéa b) a été ajouté de manière à aligner le projet de disposition type sur le projet de disposition type 40.

79. Le renvoi, à l'alinéa c), aux alinéas h) et i) du projet de disposition type 28, vise à donner une indication de la nature des actes d'autres autorités publiques susceptibles d'ouvrir au concessionnaire le droit de résilier le contrat de concession. L'expression "révision appropriée", qui figure dans la recommandation, a été remplacée par le mot "révision", car le droit de résilier résulte du fait objectif de l'absence d'accord sur une révision, et non d'une évaluation subjective de ce qui constituerait une révision "appropriée" (voir A/CN.9/521, par. 218).

Disposition type 46. Résiliation de l'accord de concession par l'une ou l'autre partie

80. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 65.

Disposition type 47. Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession

81. Le projet de disposition type se fonde sur le contenu de la recommandation 67.

Disposition type 48. Liquidation et mesures de transfert

82. L'alinéa a) du projet de disposition type reprend le contenu de la recommandation 66 et les questions mentionnées aux paragraphes 37 à 42 du

chapitre V du Guide législatif, et l'alinéa b) le contenu de la recommandation 68 et les questions mentionnées aux paragraphes 50 à 62 du même chapitre V.

E. Règlement des différends

Disposition type 49. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

83. Le projet de disposition type s'inspire de la recommandation 69.

84. À la cinquième session du Groupe de travail, il a été indiqué que les lois de certains États prévoyaient déjà des mécanismes de règlement des différends qui étaient considérés comme bien adaptés aux besoins des projets d'infrastructure à financement privé. Les parties au contrat de concession ne devraient pas être dissuadées d'opter pour ces mécanismes lorsqu'ils existaient. La note relative à la disposition envisage cette possibilité (voir A/CN.9/521, par. 232 à 236).

Disposition type 50. Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage

85. Le projet de disposition type, qui se fonde sur le contenu de la recommandation 71, a été inclus bien que le Groupe de travail, à sa quatrième session, n'ait pas demandé qu'une disposition type soit rédigée sur la question (voir A/CN.9/505, par. 174). À sa cinquième session, le Groupe de travail est revenu sur cette décision, car il a estimé que le projet de disposition type soulignait la nécessité de prévoir des mesures appropriées pour protéger les droits des usagers des services publics et des ouvrages, ce qui constituait un souci important dans de nombreux systèmes juridiques (voir A/CN.9/521, par. 242).

Disposition type 51. Autres différends

86. Le projet de disposition type est fondé sur le contenu de la recommandation 70.

III. Questions non traitées dans les projets de dispositions législatives types

A. Questions traitées au chapitre premier, "Cadre législatif et institutionnel général", du Guide législatif de la CNUDCI

Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions (voir Guide législatif de la CNUDCI, recommandations 2 à 5, et chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 15 à 22)

87. Aucun texte n'a été élaboré pour transformer en disposition type la recommandation 5, bien que le Groupe de travail, à sa quatrième session, ait estimé qu'une disposition type sur le sujet serait utile (voir A/CN.9/505, par. 93 à 96). Le secrétariat a souligné que, de l'avis des experts qu'il avait consultés, il n'était pas possible de transformer cette recommandation en une telle disposition (voir A/CN.9/WG.I/WP.29, par. 69). La question du degré d'exclusivité de la concession a en revanche été mentionnée parmi les éléments devant figurer dans l'accord de concession en vertu de l'alinéa b) du projet de disposition type 28.

88. Le Groupe de travail, à sa cinquième session, ne s'est pas opposé aux suggestions ci-dessus.

Coordination administrative (voir Guide législatif de la CNUDCI, recommandation 6, et chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 23 à 29)

89. À sa quatrième session, le Groupe de travail a estimé qu'une disposition type serait utile sur le sujet (voir A/CN.9/505, par. 98 à 100). Toutefois, étant donné la complexité des questions et la diversité des possibilités mentionnées dans la recommandation, les experts consultés par le secrétariat ont estimé qu'il vaudrait mieux traiter le sujet dans une note accompagnant le texte de la disposition type 3 relative au pouvoir de conclure des accords de concession.

90. Le Groupe de travail, à sa cinquième session, ne s'est pas opposé aux suggestions ci-dessus.

Fonction de réglementation des services d'infrastructure (voir Guide législatif de la CNUDCI, recommandation 7 à 11 et chap. I, "Cadre législatif et institutionnel général", par. 30 à 53)

91. Aucune disposition type n'a été demandée par le Groupe de travail (voir A/CN.9/505, par. 102).

B. Questions traitées au chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", du Guide législatif de la CNUDCI

Risques de projet et répartition des risques (voir Guide législatif de la CNUDCI, recommandation 12 et chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29)

92. Aucune disposition type n'a été demandée par le Groupe de travail (voir A/CN.9/505, par. 104).

Appui des pouvoirs publics (voir Guide législatif de la CNUDCI, recommandation 13, et chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60)

93. À sa quatrième session, le Groupe de travail a estimé qu'une disposition type sur le sujet serait utile (voir A/CN.9/505, par. 106 à 108). Toutefois, étant donné la complexité des questions et la diversité des possibilités mentionnées dans la recommandation, les experts consultés par le secrétariat ont estimé qu'il vaudrait mieux traiter le sujet dans une note accompagnant le texte de la disposition type relative au pouvoir de conclure des accords de concession (voir proposition de note accompagnant le projet de disposition 3). La question est néanmoins évoquée à l'alinéa f) du projet de disposition type 28.

94. Le Groupe de travail, à sa cinquième session, ne s'est pas opposé aux suggestions ci-dessus.

C. Questions traitées au chapitre IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, du Guide législatif de la CNUDCI

Arrangements financiers (voir Guide législatif de la CNUDCI, recommandations 46 à 48, et chap. IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 33 à 51)

95. Aucune disposition type particulière n’a été demandée par le Groupe de travail en ce qui concerne les recommandations 47 et 48 (voir A/CN.9/505, par. 129). Les questions abordées dans ces recommandations sont toutefois mentionnées à l’alinéa f) du projet de disposition type 28.

Travaux de construction (voir Guide législatif de la CNUDCI, recommandation 52, et chap. IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 69 à 79)

96. Aucune disposition particulière n’a été demandée par le Groupe de travail (voir A/CN.9/505, par. 138). La question est toutefois mentionnée à l’alinéa g) du projet de disposition type 28.

Exploitation de l’infrastructure (voir Guide législatif de la CNUDCI, recommandations 53 à 55, et chap. IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 80 à 97)

97. Aucune disposition particulière n’a été demandée par le Groupe de travail en ce qui concerne la recommandation 54 (voir A/CN.9/505, par. 142). Les questions traitées dans cette recommandation sont toutefois mentionnées aux alinéas i) et j) du projet de disposition type 28.

Arrangements contractuels généraux (voir Guide législatif de la CNUDCI, recommandations 56 à 60, et chap. IV, “Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet”, par. 98 à 150)

98. Aucune disposition particulière n’a été demandée par le Groupe de travail en ce qui concerne les recommandations 56 et 57 (voir A/CN.9/505, par. 146). Toutefois, le sujet abordé dans la recommandation 56 est mentionné à l’alinéa l) du projet de disposition type 28.

99. Le Groupe de travail n’a pas demandé non plus de disposition particulière en ce qui concerne les recommandations 58 a), b), d) et e) (voir A/CN.9/505, par. 148). Toutefois, pour que la liste figurant dans le projet de disposition 28 soit exhaustive, on a mentionné, d’une part à l’alinéa m), et d’autre part aux alinéas n) et o) de cette disposition, les questions abordées respectivement dans la recommandation 58 a) et b) et dans la recommandation 58 d) et e).

D. Questions traitées au chapitre V, “Durée, prorogation et résiliation de l’accord de projet”, du Guide législatif de la CNUDCI

100. Aucune disposition particulière n’a été demandée par le Groupe de travail en ce qui concerne la recommandation 66 (voir A/CN.9/505, par. 160). Toutefois, il est

fait référence de façon générale à la question à l'alinéa a) du projet de disposition type 48.

IV. Lien entre les projets de dispositions législatives types et les recommandations concernant la législation

101. À sa cinquième session, le Groupe de travail a longuement examiné le lien entre les projets de dispositions types et le Guide législatif (voir A/CN.9/521, par. 18 à 21). De l'avis général, les dispositions ne s'écartaient pas des orientations et principes sur lesquels reposait le Guide, mais avaient plutôt vocation à les compléter. De ce fait, elles ne remplaçaient pas le Guide dans son ensemble et devaient être interprétées et appliquées à la lumière et avec l'aide des notes explicatives figurant dans celui-ci.

102. Le Groupe de travail a ensuite examiné le lien particulier entre les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation figurant dans le Guide législatif. Il a observé, à cet égard, que les dispositions abordaient la plupart des questions traitées dans les recommandations. Il a néanmoins constaté que des questions traitées dans certaines recommandations, à savoir les recommandations 1 et 5 à 13, n'étaient abordées dans aucune des dispositions types. Ce simple fait excluait toute possibilité de remplacer l'ensemble des recommandations par des projets de dispositions types.

103. Le Groupe de travail a alors examiné si les projets de dispositions types et les recommandations devraient être présentées sous la forme de deux textes connexes, mais distincts, ou si elles devaient être regroupées en un seul texte contenant tous les projets de dispositions ainsi que les recommandations pour lesquelles aucun projet de disposition type n'avait été élaboré.

104. Bien que certains participants aient appuyé l'idée de séparer les recommandations et les projets de dispositions types, de manière à montrer plus clairement l'évolution des travaux de la Commission dans ce domaine, il était souhaitable, de l'avis général, d'envisager de les regrouper pour en faciliter l'utilisation. Le secrétariat a été prié de revoir soigneusement à la fois les projets de dispositions types et les recommandations afin de recenser celles de ces dernières qui traitaient de questions non abordées dans les projets de dispositions types. Ces recommandations devraient ensuite être présentées dans une rubrique distincte figurant dans le même texte que les projets de dispositions types, de sorte que la Commission prenne une décision à leur sujet en connaissance de cause. Le Groupe de travail a recommandé à la Commission d'examiner si les dispositions législatives types, une fois adoptées, devaient annuler et remplacer les recommandations traitant du même sujet. Un texte regroupant les recommandations restantes et les projets de dispositions types est contenu dans un additif au présent document (A/CN.9/522/Add.1). Pour faciliter la tâche de la Commission, le secrétariat a aussi préparé un tableau de concordance (voir A/CN.9/522/Add.2).

105. Le Groupe de travail est convenu de recommander à la Commission, à condition que des crédits soient disponibles au budget des publications, de regrouper les projets de dispositions types avec le Guide législatif dans une publication unique le plus tôt possible après qu'elle les aura adoptés. Toutefois, afin de ne pas en retarder la diffusion et pour éviter que les stocks existants

d'exemplaires du Guide ne restent inutilisés, il a été suggéré que la Commission examine si les projets de dispositions types pourraient, pendant une période intérimaire, faire l'objet d'une publication distincte, dans laquelle leur lien avec le Guide devrait être indiqué clairement.

Notes

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17)*, par. 195 à 368.

² *Ibid.*, par. 375.

³ *Ibid.*, par. 379.

⁴ *Ibid.*, cinquante-sixième session, *Supplément n° 17 (A/56/17)*, par. 366 à 369.

⁵ *Ibid.*, par. 369.
