



Assemblée générale

Distr.: Générale
2 mai 2003

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-sixième session
Vienne, 30 juin-11 juillet 2003*

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

Note du secrétariat

**Compilation des commentaires des gouvernements et organisations
internationales**

Additif

Table des matières

	<i>Page</i>
II. Compilation des commentaires	2
A. États	2
Italie	2
Malaisie	4
Turquie	7
B. Organisations intergouvernementales	8
Banque asiatique de développement	8
Banque européenne pour la reconstruction et le développement	9
Société financière internationale	11

* Dates révisées.



II. Compilation des commentaires

A. États

Italie

1. Le Gouvernement italien présente ses compliments au Secrétaire général et au secrétariat et se dit de nouveau satisfait des travaux accomplis en vue de l'élaboration de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé, pour présentation à la Commission à sa prochaine session. Les dispositions types tiennent compte de la plupart des suggestions et remarques faites par la délégation italienne, laquelle se propose néanmoins de faire quelques commentaires sur des dispositions particulières toujours dans le but de rendre les procédures de mise en compétition plus transparentes et plus équitables.

2. En ce qui concerne le lien entre les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation qui figurent dans le Guide législatif, la délégation italienne suggère d'adopter la troisième option mentionnée au paragraphe 2 du document A/CN.9/522/Add.1. Puisqu'il n'est en fait pas possible de remplacer l'ensemble des recommandations par les dispositions législatives types (deuxième option), il serait sans doute souhaitable de remplacer uniquement les recommandations pour lesquelles la Commission aura adopté des dispositions législatives types.

Disposition type 5 (Règles régissant la procédure de sélection)

3. De toute évidence, les dispositions types passent sous silence un certain nombre de questions d'ordre pratique qui devraient normalement être traitées dans un régime général de passation des marchés (tel que, par exemple, la garantie de soumission et le réexamen des procédures, le droit à l'information du public, les modalités de publication des avis, etc.). S'il est vrai que certaines de ces dispositions de procédure d'ordre pratique, mais néanmoins fondamentales, n'ont pas leur place dans le cadre général de l'État adoptant, les dispositions types devraient faire référence à d'autres dispositions (par exemple, à celles de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés) qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces.

Disposition type 6 (Objet de la présélection et procédure de présélection)

4. L'invitation à participer à la procédure de sélection devrait comporter suffisamment d'informations pour permettre aux soumissionnaires de déterminer s'ils peuvent effectuer les travaux et fournir les services nécessités par le projet (par exemple, compte tenu d'éventuels critères de présélection, tels que l'utilisation de produits fabriqués dans le pays ou l'emploi d'une main-d'œuvre locale).

5. On pourrait donc envisager d'ajouter à la fin de la disposition un texte du type "toute autre information concernant des éléments essentiels du projet".

Disposition type 15 (Comparaison et évaluation des propositions)

6. Cette disposition type pourrait mentionner d'autres processus d'évaluation tels que le processus d'évaluation en deux temps ou le système de la double enveloppe

(décrits au chapitre III, Sélection du concessionnaire, par. 79 et 80 du Guide législatif de la CNUDCI).

Disposition type 17 (Négociations finales)

7. Ces négociations peuvent présenter un certain nombre d'inconvénients car elles nécessitent du personnel hautement qualifié et expérimenté et comportent un risque accru de pratiques abusives ou corrompues. Il serait donc préférable de spécifier dans la disposition type que le recours à une procédure de sélection avec mise en compétition est la règle pour l'attribution des contrats aux fins de l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé et que l'attribution d'un contrat de concession sans procédure de mise en compétition est l'exception.

Disposition type 19 (Procédures de négociation d'un contrat de concession)

8. Afin d'accroître la transparence, la disposition pourrait fixer un nombre minimum de soumissionnaires avec lesquels l'autorité contractante devrait, lorsque cela est possible, négocier ou auprès desquels elle pourrait solliciter des propositions (alinéa b).

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

9. La conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution est nécessaire dans l'intérêt de la transparence et de la responsabilité et afin que les soumissionnaires puissent plus facilement exercer leur droit de demander le réexamen des décisions prises par l'autorité contractante.

10. Il serait donc souhaitable d'affirmer ce droit même dans les cas où la législation de l'État adoptant ne traite pas de ces questions, par exemple en ajoutant les mots "si elles existent" ou une expression analogue après le mot "dispositions".

Disposition type 30 (Organisation du concessionnaire)

11. Comme le préconise le Guide législatif, il serait souhaitable que la disposition type renvoie aux dispositions législatives ou exige que les règles imposées par le pays hôte soient conformes aux obligations internationales assumées par ce dernier.

Disposition type 33 (Servitudes)

12. En règle générale, les propriétaires des propriétés concernées ne consentent pas rapidement ou facilement des servitudes directement au concessionnaire; c'est la raison pour laquelle, la plupart du temps, les servitudes nécessaires sont acquises par l'autorité contractante en même temps que le site du projet. Il serait donc préférable de retenir la variante "le concessionnaire se voit accorder le droit".

Disposition type 34 (Arrangements financiers)

13. Cette disposition pose le droit du concessionnaire de demander et de percevoir des redevances ou droits, qui représentent la principale, sinon la seule, source de revenu du concessionnaire.

14. Le contrat de concession prévoira les modalités d'établissement et d'ajustement de ces redevances et droits; on suppose que l'autorité contractante

prendra en compte, lorsque celui-ci sera dressé, des paramètres de fixation du prix des biens ou services fondés sur les principes d'équité. C'est la raison pour laquelle il serait souhaitable de ne pas conserver les mots figurant entre crochets.

Disposition type 43 (Durée et prorogation du contrat de concession)

15. Le Groupe de travail a déjà examiné la possibilité pour l'autorité contractante et le concessionnaire de proroger, d'un commun accord, le contrat de concession. À cet égard, il est convenu qu'il fallait conserver tel quel le corps du texte de la disposition et ajouter éventuellement une note de bas de page. Nonobstant ce qui précède, puisqu'en règle générale, il n'est pas souhaitable d'exclure totalement la possibilité de négocier la prorogation du contrat de concession, on pourrait modifier la note en remplaçant les mots "pour des raisons impérieuses d'intérêt général" par "dans certaines circonstances (telles que celles spécifiées dans le contrat de concession)".

Disposition type 44 (Résiliation du contrat de concession par l'autorité contractante)

16. Vu la gravité des conséquences qu'elle entraîne, la résiliation devrait être considérée comme une mesure extrême. Il faudrait donc limiter les conditions d'exercice de ce droit par l'une ou l'autre des parties, par exemple, en maintenant le mot "impérieuses" figurant entre crochets entre les mots "raisons" et "d'intérêt général".

17. Il pourrait également être souhaitable de ne prévoir dans la disposition type la possibilité d'une résiliation pour des raisons d'intérêt général qu'à la condition que cette possibilité ait déjà été mentionnée dans le projet de contrat de concession distribué avec la sollicitation de propositions.

18. De plus, étant donné qu'il convient de ne pas utiliser le droit de résiliation pour des raisons d'intérêt général à la place d'autres sanctions contractuelles lorsque le concessionnaire ne donne pas satisfaction, on pourrait insérer dans la disposition type un membre de phrase tel que "sauf stipulation contraire du contrat de concession".

19. Afin de réduire le pouvoir discrétionnaire de l'autorité contractante de résilier le contrat unilatéralement, la disposition type pourrait exiger une décision d'un tribunal ou d'un autre organe de règlement des différends.

Malaisie

1. La Malaisie prend note du fait que les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (dispositions types) ont pour objectif:

a) D'établir un cadre législatif favorable pour promouvoir et faciliter l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en accroissant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures;

b) De renforcer les principes généraux de transparence, d'économie et d'équité dans l'attribution de marchés par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l'attribution des projets d'infrastructure.

2. En vue de la réalisation de ces objectifs, les dispositions types comprennent notamment des dispositions concernant:

- a) Les règles régissant la procédure de sélection des concessionnaires;
- b) La procédure de présélection des soumissionnaires;
- c) Les circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition;
- d) Les procédures de négociation d'un contrat de concession;

3. Pour le moment, la Malaisie n'a pas de législation spécifique sur le sujet. Un organisme relevant du Département du Premier Ministre est chargé de la supervision et de l'exécution des procédures de privatisation. En ce qui concerne la réglementation, des lois spécifiques ont été prises pour réglementer et encadrer l'activité des concessionnaires et du secteur privatisé. Les présents commentaires renvoient aux dispositions types et au Guide législatif de CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (le Guide).

Dispositions concernant la conclusion des contrats de concession

4. Le projet de disposition législatif type propose que l'État adoptant dresse la liste des autorités publiques habilitées à conclure des contrats de concession. Il a également été recommandé que la loi spécifie l'autorité publique habilitée à attribuer les concessions et à conclure des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé.

5. La Malaisie juge cette proposition extrêmement directive et sans doute trop restrictive. Il n'est pas nécessaire qu'une autorité publique soit partie à tous les contrats de concession, mais, dans certains cas, il peut être indispensable qu'une autorité publique soit partie au contrat afin d'en assurer l'exécution effective. Dans les cas où il existe dans le droit interne une loi spécifiant les fonctions de l'autorité publique, ladite loi sera suffisante pour conférer à celle-ci les pouvoirs voulus pour réglementer et encadrer les activités des entités privées. Il n'est donc pas nécessaire de dresser la liste des autorités publiques qui peuvent conclure un contrat de concession.

Règles régissant la procédure de sélection des concessionnaires

6. Le projet de disposition législative type propose que la sélection des concessionnaires se fasse suivant des procédures transparentes et efficaces. Cette proposition est de bonne augure et peut être considérée comme étant subordonnée aux politiques et pratiques de l'État. La délégation malaisienne note que dans certains pays, les autorités préconisent que seul un nombre limité (c'est-à-dire trois ou quatre) de soumissionnaires potentiels soient contactés, afin d'assurer une mise en compétition digne de ce nom. Certains pays également appliquent, afin de maintenir la qualité, un système de notation des soumissionnaires potentiels. De telles pratiques peuvent promouvoir la transparence et l'efficacité.

Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition

7. Lorsque le projet concerne la défense ou la sécurité nationale et lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé, la disposition type recommande d'obtenir l'approbation d'une autorité supérieure. Cette recommandation paraît utile d'un point de vue pratique et devrait être dûment prise en considération.

8. La Malaisie estime également que lorsqu'un contrat pour l'exécution d'un tel projet est attribué à un soumissionnaire étranger, des dispositions spéciales concernant le maintien du secret et la confidentialité doivent être formulées. Un certain degré de flexibilité devrait être préservé pour faire face à un changement de conditions, notamment une expansion du service pour satisfaire une demande accrue.

Procédure de négociation d'un contrat de concession

9. Le projet de disposition législative type propose que l'autorité contractante fasse publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un contrat de concession, identifie un nombre aussi grand que possible de personnes capables d'exécuter le projet et fixe des critères d'évaluation. La proposition susmentionnée ne peut donner de bons résultats que si une commission indépendante et compétente est établie pour superviser tous ces critères. Les propositions devraient être soumises à cette commission qui étudierait soigneusement la formulation des critères et l'évaluation.

10. Même si les recommandations sont louables, dans la pratique, elles risquent, de l'avis de la délégation malaisienne, de ralentir excessivement le processus. La codification des procédures de négociation rendrait l'ensemble du processus lourd et rigide, ce qui risque de ne pas convenir au monde des affaires.

Contenu du contrat de concession

11. Le projet de disposition législative type comporte une liste de recommandations concernant les questions qui devraient être traitées dans le contrat de concession, dont la nature et la portée des travaux devant être réalisés, l'étendue de l'exclusivité, les obligations du concessionnaire, les voies de recours ouvertes et la résiliation.

12. Toutes ces recommandations sont utiles et ont été mises en pratique.

13. Néanmoins, aux termes de la disposition type 40, les concessionnaires ont le droit de demander la révision du contrat de concession en cas de changement de la situation économique ou financière ou de modifications apportées à la législation. Cette disposition serait, de l'avis de la Malaisie, excessivement lourde pour l'État contractant. Aucune indemnisation ne devrait être consentie aux concessionnaires en cas de changement des conditions économiques ou financières, car de tels changements font partie des risques commerciaux que les concessionnaires doivent assumer. De même, aucune indemnisation ne devrait être consentie aux concessionnaires en cas de modifications apportées à la législation, car cela restreindrait la marge de manœuvre du législateur.

14. D'autre part, la disposition type 44 concernant la résiliation du contrat de concession dispose, en son alinéa a), que le contrat peut être résilié lorsqu'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations. Même s'il peut sembler objectif, le critère de l'attente raisonnable dépendra beaucoup des circonstances et prête à controverse. L'insolvabilité, un manquement grave ou d'autres motifs sont donnés comme exemples de cas dans lesquels une partie ne peut ou ne veut plus exécuter ses obligations. La question de savoir si le manquement est ou non "grave" est souvent la pomme de discorde et, afin de lever toute ambiguïté, la Malaisie suggère que le contrat spécifie un manquement à quelles clauses justifierait une résiliation. De même, les mots "ou pour d'autres motifs" sont vagues et ouvrent la porte à toutes sortes d'interprétations.

15. La disposition type 49, consacrée au règlement des différends, serait plus claire si elle énonçait les options possibles pour le règlement des différends de façon que l'État adoptant puisse les examiner et retenir l'une d'elles dans sa législation.

Les dispositions types et le Guide devraient-ils être deux textes autonomes, bien que liés entre eux, ou devraient-ils être fusionnés?

16. Bien que le Guide ait utilement servi de référence à des États qui souhaitent établir un cadre juridique favorable à l'investissement privé dans l'infrastructure publique, il a été estimé qu'il serait souhaitable de donner des orientations plus concrètes dans des dispositions législatives types ou dans une loi type traitant de questions spécifiques. C'est dans ce but que les dispositions législatives ont été rédigées. Le Guide complète bien les dispositions législatives. Celles-ci ne sont pas exhaustives et ne concernent que les points essentiels. Cela est sans doute voulu car les parties disposeraient ainsi d'une plus grande marge de manœuvre. Pour la Malaisie, les dispositions législatives et le Guide devraient être lus ensemble comme s'ils constituaient un seul et même texte.

17. Les deux documents fourniraient un texte plus complet. C'est toutefois là une question secondaire, la question essentielle demeurant celle de savoir s'il est nécessaire que ces dispositions soient promulguées sous forme de loi. Des directives ou un manuel serviraient également les objectifs de transparence, d'équité et de responsabilité.

Turquie

La Turquie est d'avis que, pour permettre aux États souhaitant utiliser les projets de dispositions législatives types d'en tirer le meilleur parti, la lettre et l'esprit de ces dernières devraient être dûment interprétés à la lumière des recommandations figurant dans le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. Elle estime en outre que ces dispositions et recommandations devraient être regroupées en un seul texte qui contiendrait toutes les dispositions législatives types ainsi que les recommandations sur lesquelles aucune disposition type n'a été élaborée. On disposerait ainsi d'une compilation complète de tous les textes pertinents plus facile à utiliser.

B. Organisations intergouvernementales

Banque asiatique de développement

1. Les projets de dispositions types sont le prolongement des travaux que la CNUDCI a réalisés précédemment dans le même domaine et qui ont abouti à la publication, en 2001, de son Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé. Si la CNUDCI a fait appel pour les élaborer à de nombreux experts qui ont accompli un travail considérable, c'est la première fois qu'ils sont diffusés pour commentaire. Dans la lettre d'accompagnement, la CNUDCI demandait "des observations ... sur des dispositions particulières de manière à faciliter l'établissement d'un commentaire analytique qui sera soumis à la Commission". Ayant eu peu de temps pour analyser une œuvre législative aussi importante, la Banque asiatique de développement n'est pas en mesure de faire un commentaire exhaustif mais souhaite néanmoins formuler les observations suivantes.

Concessions

2. Comme l'indique clairement l'introduction du projet d'additif, le Groupe de travail de la CNUDCI a d'abord axé son attention sur une phase particulière des projets d'infrastructure, à savoir la sélection du concessionnaire. Il a toutefois élargi son mandat aux autres domaines importants que sont la construction et l'exploitation de l'infrastructure, la résiliation du contrat de concession et le règlement des différends.

Commentaires sur certaines dispositions

Disposition type 18. Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition

Alinéa a)

3. Cette disposition serait très souhaitable pour faciliter la mise en service rapide d'une infrastructure longtemps délaissée en cas de besoin urgent. Par exemple, un pays qui a négligé sa production d'électricité pendant de nombreuses années aura peut-être besoin d'installer rapidement une multitude de petites centrales pour satisfaire la demande aux périodes de pointe en recourant à la procédure accélérée décrite dans la disposition, alors qu'il exige que l'attribution de centrales plus grandes soit soumise à la procédure de mise en compétition décrite dans les projets de dispositions types précédents.

Propositions spontanées

4. Les dispositions sur ce point fournissent dans l'ensemble des orientations très précieuses aux organes législatifs qui souhaitent établir des règles de base dans ce domaine controversé.

Disposition type 23. Propositions spontanées comportant des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

5. Cette disposition prévoit que l'autorité contractante peut publier une description des éléments essentiels d'une proposition spontanée afin de solliciter

d'autres propositions pour le projet considéré. Le paragraphe 4 indique, *in fine*, que si elle reçoit alors de nombreuses propositions, l'autorité contractante demande que celles-ci lui soient soumises conformément à l'intégralité de la procédure de mise en compétition prévue dans les projets de dispositions 10 à 17.

6. Il est peu probable que l'auteur d'une proposition accepte d'engager les efforts et les dépenses qu'implique la disposition type 21.2 s'il risque de perdre le projet au profit d'autres candidats du fait même qu'il aura durement travaillé pour élaborer une étude de faisabilité. Cette disposition sera en contradiction avec le motif le plus souvent invoqué pour mettre en place une procédure permettant d'accepter en priorité des propositions spontanées, à savoir la nécessité éventuelle de faire vite pour un type particulier de projets (par exemple, stations d'épuration ou réseaux d'assainissement de faibles dimensions). La Banque asiatique de développement recommande que le Groupe de travail envisage de préciser que seules peuvent être considérées les propositions spontanées inférieures à un certain montant – correspondant éventuellement au coût total du projet – qui serait fixé périodiquement par l'autorité contractante ou un autre organe. L'autorité contractante procéderait alors à une comparaison rapide des coûts et utilité du projet pour vérifier l'intérêt de la proposition, puis tiendrait les auditions publiques nécessaires conformément à la loi.

Disposition type 45. Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire

7. Un certain nombre de concessionnaires se sont récemment retirés de projets en raison de difficultés propres ou d'un changement d'orientation commerciale. La disposition type 45 interdirait au concessionnaire de résilier le contrat dans de telles circonstances, ce qui est très souhaitable. Dans certains cas, les autorités contractantes n'ont pas pu trouver rapidement de remplaçant et, malgré une planification suffisante, sont dans une situation particulièrement désespérée en ce qui concerne l'infrastructure que le projet était censé fournir. La Banque asiatique de développement recommande au Groupe de travail d'envisager un alinéa supplémentaire qui serait éventuellement rédigé comme suit:

“d) Le contrat de concession spécifie les dommages et intérêts dus par un concessionnaire à l'autorité contractante s'il résilie la concession dans d'autres cas, notamment mais non exclusivement en raison de ses difficultés financières propres, d'un changement d'orientation commerciale ou du caractère non rentable du projet.”

8. On notera l'erreur typographique dans la note de bas de page 14 de la version anglaise du document.

Banque européenne pour la reconstruction et le développement

1. La Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) souhaiterait féliciter le Groupe de travail d'avoir élaboré des dispositions législatives types, qui traitent de manière constructive nombre de questions essentielles pour faciliter le financement des concessions d'infrastructures. En particulier, elle constate avec beaucoup de satisfaction la clarté et la transparence de la procédure prévue pour la sélection des concessionnaires. En outre, elle se réjouit de voir que, dans le droit fil de sa politique de souplesse en ce qui concerne les termes des accords de concession, les dispositions types ne définissent pas de

manière trop directive le contenu de tels accords et permettent également, si les parties en conviennent, l'application d'une loi étrangère et le recours à l'arbitrage.

2. La BERD félicite aussi le Groupe de travail d'avoir expressément prévu une disposition concernant l'octroi de sûretés aux prêteurs ainsi qu'un mécanisme qui permettrait, sous réserve du consentement de l'autorité contractante, la substitution d'un concessionnaire.

3. À ce propos, toutefois, de plus amples éclaircissements pourraient sans doute être apportés sur trois points.

4. Premièrement, comme indiqué plus haut, la disposition type 42 prévoit la possibilité pour une autorité contractante de convenir avec les prêteurs octroyant un financement au concessionnaire de substituer à ce dernier une nouvelle entité en cas de manquement de sa part. On ne voit pas très bien, dans ce libellé, si une telle convention peut être conclue à l'avance, par exemple sous la forme d'un accord direct. On ne voit apparemment pas très bien non plus si les dispositions législatives types autorisent une autorité contractante à conclure une convention directe plus générale avec les prêteurs pour, par exemple, reconnaître la constitution d'une sûreté ou prévoir d'autres dispositions éventuellement nécessaires pour assurer le financement de la concession.

5. Deuxièmement, en rapport avec le point précédent, nous notons que la disposition type 36 interdit généralement la cession ou le nantissement de l'accord de concession sans le consentement de l'autorité contractante. Si la possibilité d'exercer un droit de substitution, mentionnée plus haut, peut répondre de manière satisfaisante à bon nombre de leurs préoccupations liées à la constitution d'une garantie sur l'accord de concession, les prêteurs souhaiteront peut-être obtenir une sûreté de premier rang sur certains droits conférés au concessionnaire par l'accord comme, par exemple, la cessation des paiements. L'obtention d'un financement se trouve aussi généralement facilitée si les prêteurs peuvent confirmer qu'ils détiennent une sûreté sur le bien principal financé, à savoir l'accord de concession, même si cette sûreté est soumise aux droits dont l'autorité contractante jouit en vertu de ce même accord. C'est pourquoi la BERD suggère que le concessionnaire soit autorisé à céder ses droits sur un accord de concession pour garantir les prêts octroyés par les bailleurs de fonds mais que cet accord puisse être résilié si, suite à la réalisation de la sûreté, l'entité substituée ne satisfaisait pas aux critères convenus avec l'autorité contractante.

6. Troisièmement, la BERD note que les actionnaires du concessionnaire sont autorisés, par la disposition type 35, à nantir leurs actions. Cependant, on ne voit pas très bien comment ce droit de nantissement s'articule avec la disposition type 37, qui interdit le transfert d'un intérêt majoritaire.

7. Enfin, la CNUDCI sera contente d'apprendre que le Bureau des affaires juridiques de la BERD considère officiellement son Guide législatif comme un outil de référence contenant les règles les mieux acceptées au niveau international. La BERD se reportera à ce guide lorsqu'elle évaluera la législation sur les concessions des 27 pays où elle investit mais aussi lorsqu'elle élaborera sa page Web consacrée à cette question.

Société financière internationale

1. Le projet d'additif au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé est un texte important pour les pays membres. La société financière se réjouit de la possibilité qui lui a été donnée de formuler des commentaires à son sujet. Faute de temps, elle n'a examiné brièvement que les recommandations concernant la législation qui, compte tenu de son expérience, lui inspirent les observations suivantes, compte tenu de notre expérience.

Avant-propos

Autres législations ayant un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé et systèmes judiciaires

2. Le dernier paragraphe devrait également mentionner les lois et réglementations concernant la fiscalité, la banque, les opérations de change et la faillite parmi les domaines qui ne sont pas abordés dans le Guide mais qui ont un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé. Le commentaire devrait encourager les États à autoriser les organismes de surveillance à appliquer des procédures et règlements concrets et simples pour donner effet à la loi. Par exemple, le système de conversion et de rapatriement des devises étrangères doit être simple et rapide. Le dernier paragraphe de l'avant-propos devrait en outre indiquer que l'expérience, la transparence et la prévisibilité des systèmes judiciaires sont également essentielles. Enfin, il devrait encourager les États à harmoniser les législations et réglementations incompatibles entre elles. Ceux-ci devraient se demander, par exemple, si la loi sur les concessions déroge à la législation fiscale ou à celle des marchés publics.

Dispositions particulières

Soumissionnaires étrangers

3. La note accompagnant la disposition type 7 indique que, dans certains cas, les soumissionnaires nationaux peuvent bénéficier d'un traitement préférentiel, ce qui est acceptable à condition que les sollicitations de propositions en fassent clairement état. La Société financière approuve le commentaire, qui décrit les problèmes soulevés par ce type de traitement ainsi que la manière d'éviter l'exclusion systématique des soumissionnaires étrangers.

Approbation parlementaire

4. Bien que le Guide n'aborde apparemment pas la question des approbations parlementaires, les dispositions relatives au pouvoir de l'autorité contractante devraient peut-être préciser la portée (de préférence limitée) des questions qui exigeraient de telles approbations.

Droit applicable et règlement des différends/Immunités/Langue du contrat

5. La disposition type 29 prévoit que le contrat de concession est régi par la loi de l'État hôte sauf stipulation contraire dudit contrat. Bien que cette disposition laisse la possibilité de choisir un droit étranger, de nombreux pays interdisent ou restreignent un tel choix dans leur législation ou s'y opposent dans la pratique, ce qui peut avoir une incidence sur la mobilisation des investisseurs et prêteurs

étrangers, en particulier si l'on y ajoute les problèmes soulevés au paragraphe suivant à propos du règlement des différends. Le commentaire devrait encourager les États à faire en sorte que leur législation autorise l'application d'un droit étranger, même dans des contrats faisant intervenir une entité publique.

6. La disposition type 49 prévoit que les parties peuvent convenir des mécanismes de règlement des différends dans le contrat de concession, ce qui laisse supposer qu'elles peuvent opter pour un règlement d'arbitrage international ou une juridiction étrangère. Or, de nombreux pays ne sont ni parties aux traités multilatéraux de reconnaissance des décisions judiciaires étrangères ni à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Le commentaire devrait demander instamment aux États d'accepter le recours à l'arbitrage international et d'adhérer ou de devenir parties aux traités en question.

7. Il importe également que les États aient des lois les autorisant à renoncer à leurs immunités en ce qui concerne ces procédures de règlement des différends et les sentences ou décisions judiciaires en découlant. Certaines législations nationales interdisent ou restreignent une telle renonciation. Le commentaire pourrait aborder la question.

8. Le Guide devrait expressément prévoir la possibilité de rédiger le contrat de concession en anglais.

Propriété et cession des biens, et sûretés

9. Les dispositions types 31 et 35 traitent de la propriété des biens ainsi que des sûretés susceptibles d'être constituées sur ces biens. Elles indiquent que les biens du domaine public ne peuvent être grevés lorsque la loi l'interdit. Les États devraient reconsidérer ce type d'interdiction générale, en réexaminer le bien-fondé et essayer d'en limiter la portée ou de donner la possibilité à l'autorité contractante d'y déroger.

Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation et de changements dans la situation économique

10. Les dispositions types 39 et 40 prévoient que le concessionnaire peut prétendre à une indemnisation s'il a engagé des dépenses "sensiblement plus importantes" ou reçu une contrepartie "sensiblement plus faible" du fait de changements dans la législation ou dans la situation économique. Ce libellé, à la fois général et vague, peut donner lieu à des différends dans l'avenir.

Reprise provisoire d'un projet d'infrastructure

11. La disposition type 41 prévoit que l'autorité contractante peut, dans certains cas, assurer temporairement l'exploitation du projet. La Société financière a constaté que les contrats de concession contiennent parfois des dispositions autorisant l'autorité contractante (généralement une autorité publique) à reprendre définitivement les biens et à se substituer au concessionnaire en ce qui concerne les documents de financement, ce qui peut poser problème à des institutions comme elle. Le mieux serait que les recommandations encouragent uniquement la reprise provisoire des projets et privilégient la souplesse en précisant bien que la

subrogation dans les accords de financement doit être autorisée en étant éventuellement soumise au consentement des prêteurs.

Clause d'équilibre

12. La disposition type 45 interdit au concessionnaire de résilier le contrat de concession sauf dans certains cas précis, au lieu de l'y autoriser dans certaines circonstances. Ce libellé est inhabituellement restrictif et contraire à l'esprit d'un concessionnaire s'engageant dans le projet. En tout état de cause, il serait préférable que le contrat de concession autorise la résiliation par le concessionnaire également dans les cas durables de force majeure ou, du moins, pour fait du prince ainsi qu'en cas de réforme du droit invalidant le contrat.

Observations générales

Concessions seulement

13. Le Guide pourrait utilement aborder des contrats d'infrastructures octroyés autrement que par voie de concession. Par exemple, nombre des dispositions et principes qu'il mentionne s'appliquent à l'attribution à des entreprises privées de projets indépendants de distribution d'énergie, sans l'octroi de concession.

Équipes de négociation

14. Chose sans doute aussi importante que l'examen des dispositions législatives recommandées, les pays membres devraient recenser les obstacles empêchant dans la pratique de réaliser des opérations commerciales sur leur territoire. Par exemple, en dépit des pouvoirs conférés à l'autorité contractante, les pays devraient être instamment priés d'autoriser et d'habiliter des équipes au sein de leurs ministères à négocier et à approuver les clauses des contrats de concession. La Société financière constate souvent que les ministres eux-mêmes insistent pour participer aux négociations et aux décisions, ce qui peut retarder considérablement l'exécution des projets. Bien qu'il ne puisse en soi être intégré à la législation ou à la réglementation, cet aspect est important.

Juriste d'affaires internationales

15. La Société financière demande instamment aux États de recourir aux services de juristes expérimentés dans les opérations internationales pour se faire représenter dans ce type d'opérations. Il est possible de financer ces services grâce à l'assistance technique fournie par diverses institutions multilatérales.