



Nations Unies

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

**Rapport sur les travaux
de la trente-deuxième session
(17 mai-4 juin 1999)**

**Assemblée générale
Documents officiels
Cinquante-quatrième session
Supplément N° 17 (A/54/17)**

Assemblée générale
Documents officiels
Cinquante-quatrième session
Supplément N° 17 (A/54/17)

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

Rapport sur les travaux
de la trente-deuxième session
(17 mai-4 juin 1999)



Nations Unies • New York, 1999

Note

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1–2	1
I. Organisation de la session	3–11	1
A. Ouverture de la session	3	1
B. Composition et participation	4–8	1
C. Élection du bureau	9	2
D. Ordre du jour	10	2
E. Adoption du rapport	11	2
II. Projets d'infrastructure à financement privé	12–307	2
A. Historique	12–16	2
B. Remarques générales	17–21	3
C. Examen des projets de chapitres	22–307	4
III. Commerce électronique	308–318	34
A. Projet de règles uniformes sur les signatures électroniques	308–314	34
B. Travaux futurs dans le domaine des signatures électroniques	315–318	35
IV. Financement par cession de créances	319–330	36
V. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958	331–332	38
VI. Arbitrage commercial international: travaux futurs possibles	333–380	38
A. Introduction	333–336	38
B. Remarques générales	337–339	39
C. Examen de certains points	340–379	40
D. Conclusion	380	46
VII. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité	381–385	46
VIII. Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI	386–389	47
IX. Formation et assistance technique	390–397	48
X. État et promotion des textes de la CNUDCI	398–401	49
XI. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission	402–409	50
XII. Coordination et coopération	410–421	51
A. Droit des transports	410–418	51

	B. Comité consultatif juridique Afrique-Asie	419	52
	C. Institut international pour l'unification du droit privé	420–421	53
XIII.	Questions diverses	422–434	53
	A. Demande d'approbation des Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98) et des Règles uniformes pour les "Contract Bonds" (RUCB)	422–425	53
	B. Association pour le droit commercial	426–427	54
	C. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis	428–429	54
	D. Bibliographie	430	54
	E. Annuaire et autres publications de la CNUDCI	431–432	55
	F. Date et lieu de la trente-troisième session de la Commission	433	55
	G. Sessions des groupes de travail	434	55
Annexe	Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-deuxième session		57

Introduction

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international porte sur les travaux de sa trente-deuxième session, tenue à Vienne du 17 mai au 4 juin 1999.
2. Conformément à la résolution 2205 (XXI) adoptée par l'Assemblée générale le 17 décembre 1966, le rapport est présenté à l'Assemblée et également soumis pour observations à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

Chapitre premier Organisation de la session

A. Ouverture de la session

3. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a commencé sa trente-deuxième session le 17 mai 1999. La session a été ouverte par le Secrétaire de la Commission, au nom du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques.

B. Composition et participation

4. La résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, portant création de la Commission, prévoyait que celle-ci serait composée de 29 États élus par l'Assemblée. Par sa résolution 3108 (XXVIII) du 12 décembre 1973, l'Assemblée a porté de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission. Les membres actuels de la Commission, élus le 28 novembre 1994 et le 24 novembre 1997, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée¹:

Algérie (2001), Allemagne (2001), Argentine (2004, en alternance annuelle avec l'Uruguay à partir de 1998), Australie (2001), Autriche (2004), Botswana (2001), Brésil (2001), Bulgarie (2001), Burkina Faso (2004), Cameroun (2001), Chine (2001), Colombie (2004), Égypte (2001), Espagne (2004), États-Unis d'Amérique (2004), Fédération de Russie (2001), Fidji (2004), Finlande (2001), France (2001), Honduras (2004), Hongrie (2004), Inde (2004), Iran (République islamique d') (2004), Italie (2004), Japon (2001), Kenya (2004), Lituanie (2004), Mexique (2001), Nigéria (2001), Ouganda (2004), Paraguay (2004), Roumanie (2004), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2001), Singapour (2001), Soudan

(2004), Thaïlande (2004) et Uruguay (2004, en alternance annuelle avec l'Argentine à partir de 1999).

5. À l'exception de l'Algérie, de Fidji, du Kenya et de l'Ouganda, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.
6. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Afrique du Sud, Arabie saoudite, Arménie, Azerbaïdjan, Bélarus, Belgique, Bolivie, Canada, Chypre, Costa Rica, Croatie, Cuba, Gabon, Géorgie, Grèce, Guinée, Indonésie, Koweït, Liban, Malaisie, Maroc, Namibie, Pologne, République de Corée, République tchèque, Saint-Siège, Slovaquie, Suède, Suisse, Tunisie, Turquie, Ukraine, Venezuela et Yémen.
7. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs:

a) Système des Nations Unies

Commission économique pour l'Europe
Organisation des Nations Unies pour le développement industriel
Fonds monétaire international

b) Organisations intergouvernementales

Comité consultatif juridique afro-asiatique
Cour permanente d'arbitrage
Institut international pour l'unification du droit privé
Union asiatique de compensation

c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission

Association mondiale des anciens stagiaires et boursiers de l'ONU
Association panaméricaine de cautionnement
Chambre de commerce internationale
Comité maritime international
Conseil international pour l'arbitrage commercial
Fédération internationale des praticiens de l'insolvabilité
Foundation for Democracy in Africa
International Federation of Commercial Arbitration Institutions
Société de télécommunications interbancaires mondiales

8. La Commission a été sensible au fait que les organisations internationales non gouvernementales qui avaient des connaissances spécialisées sur les principaux points de l'ordre du jour de la présente session avaient accepté l'invitation à prendre part à ladite session. Consciente qu'il était crucial pour la qualité des textes élaborés par la Commission que des organisations non gouvernementales compé-

tentes participent à ses sessions et à celles de ses groupes de travail, la Commission a prié le secrétariat de continuer à inviter de telles organisations à ses sessions, en fonction de leurs compétences particulières.

C. Élection du bureau²

9. La Commission a élu le bureau ci-après:

Président: M. Reinhard G. Renger (Allemagne)

Vice-Présidents: M. Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (Brésil)
M. Dumitru Mazilu (Roumanie)
M. Abubakr Salih Mohamed Nur (Soudan)

Rapporteur: M^{me} Shahnaz Nikanjam (République islamique d'Iran)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 651^e séance, le 17 mai 1999, était le suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Projets d'infrastructure à financement privé.
5. Commerce électronique.
6. Financement par cession de créances.
7. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958.
8. Arbitrage commercial international: travaux futurs envisageables.
9. Jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI.
10. Formation et assistance technique.
11. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
12. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission.
13. Coordination et coopération.
14. Questions diverses.
15. Date et lieu des réunions futures.
16. Adoption du rapport de la CNUDCI.

E. Adoption du rapport

11. À sa 675^e séance, le 4 juin 1999, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

Chapitre II Projets d'infrastructure à financement privé

A. Historique

12. À sa vingt-neuvième session, en 1996, après avoir examiné la note du secrétariat sur les projets de construction-exploitation-transfert et les types de projets connexes (A/CN.9/424), la Commission a décidé d'établir un guide législatif afin d'aider les États à élaborer ou moderniser la législation applicable à ces projets³. La Commission a prié le secrétariat de passer en revue les questions qui pourraient constituer la matière d'un tel guide et d'établir un avant-projet qui lui serait soumis pour examen.

13. À sa trentième session, en 1997, la Commission a examiné une table des matières annotée énumérant les sujets dont il était proposé de traiter dans le guide législatif (A/CN.9/438). Elle a également examiné les avant-projets de chapitres premier, "Champ d'application, but et terminologie du Guide" (A/CN.9/438/Add.1), II, "Parties aux projets et phases d'exécution des projets d'infrastructure à financement privé" (A/CN.9/438/Add.2) et V, "Mesures préparatoires" (A/CN.9/438/Add.3). Après avoir procédé à un échange de vues sur la nature des questions à prendre en considération et sur les méthodes envisageables pour en traiter, la Commission a dans l'ensemble approuvé les orientations proposées par le secrétariat telles qu'elles ressortaient de ces documents⁴. Elle a prié le secrétariat de faire appel à des experts extérieurs, le cas échéant, pour l'élaboration des chapitres futurs et elle a invité les gouvernements à recenser les experts qui pourraient aider le secrétariat dans cette tâche.

14. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission était saisie de versions révisées des chapitres déjà examinés, ainsi que d'avant-projets de chapitres additionnels, qui avaient été élaborés par le secrétariat avec l'assistance

d'experts extérieurs et en consultation avec d'autres organisations internationales. Il s'agissait d'une table des matières révisée (A/CN.9/444) et d'un projet d'introduction au guide législatif (A/CN.9/444/Add.1) qui combinaient, avec des modifications, la teneur des documents A/CN.9/438/Add.1 et 2. Les autres documents étaient les avant-projets de chapitres premier, "Considérations générales sur la législation" (A/CN.9/444/Add.2), II, "Structure et réglementation des secteurs" (A/CN.9/444/Add.3), III, "Sélection du concessionnaire" (A/CN.9/444/Add.4), et IV, "Conclusion et conditions générales de l'accord de projet" (A/CN.9/444/Add.5). La Commission a examiné diverses suggestions concernant les projets de chapitres, ainsi que des propositions de modification de la structure du guide législatif et de réduction du nombre de chapitres⁵. Elle a prié le secrétariat de poursuivre l'élaboration d'autres chapitres, avec l'assistance d'experts extérieurs, en vue de les lui soumettre à sa trente-deuxième session.

15. À la présente session, la Commission était saisie de la totalité du projet de guide législatif, dont la structure était la suivante: "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé" et chapitres premier, "Considérations générales sur la législation", II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", III, "Sélection du concessionnaire", IV, "L'accord de projet", V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", VI, "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", VII, "Droit applicable", VIII, "Règlement des différends" (A/CN.9/458/Add.1 à 9, respectivement). Elle a été informée que le secrétariat avait modifié la structure générale du guide et combiné certains de ses chapitres.

16. Le fait que tous les documents relatifs au projet de guide législatif n'aient pas été disponibles dans toutes les langues officielles avant le début de la session de la Commission a suscité des préoccupations. Le secrétariat a été prié de faire le nécessaire pour assurer la cohérence et l'exactitude technique des versions du guide législatif dans les différentes langues.

B. Remarques générales

17. La Commission s'est félicitée des progrès des travaux d'élaboration du guide législatif. Ce projet de guide a été considéré comme particulièrement intéressant pour les pays qui s'efforcent d'attirer des investissements étrangers pour financer de tels projets. La Commission a toutefois noté qu'il importait d'assurer un équilibre approprié entre, d'une part, l'objectif consistant à attirer des investissements privés pour

les projets d'infrastructure et, d'autre part, la protection des intérêts du pays hôte et des utilisateurs des infrastructures.

18. La Commission a pris note de la structure du projet du guide législatif, telle qu'elle figure dans le document A/CN.9/458, et l'a approuvée dans l'ensemble. Il a été noté qu'il s'agissait là de la première occasion d'examiner le projet de guide dans son intégralité. S'il a été jugé dans l'ensemble que les projets de chapitres traitaient de la plupart des questions centrales aux projets d'infrastructure à financement privé, il a toutefois été avancé que ce document était plutôt long et que des ajustements seraient nécessaires pour le rendre plus accessible aux lecteurs.

19. La Commission a également noté que le style et la présentation des recommandations concernant la législation avaient été modifiés afin de donner effet à la notion de principes législatifs concis, à laquelle elle s'était référée à sa trente et unième session⁶. Il a été rappelé à la Commission qu'il fallait rédiger le guide de manière à ce qu'il soit utile à ceux auxquels il était destiné. Il a été noté que ce guide constituerait un outil précieux pour les pays désireux de revoir et de moderniser leur législation relative aux projets d'infrastructure à financement privé. Il a toutefois été avancé, qu'étant donné que chaque État avait sa propre culture juridique, le guide devrait recenser et examiner diverses questions, puis offrir un éventail d'options possibles. Il a été noté qu'en fonction de la tradition juridique du pays hôte, les questions examinées dans le guide législatif pourraient se rattacher à plus d'un instrument législatif. En outre, dans certains pays, aucune mesure législative nouvelle ne serait peut-être nécessaire pour un certain nombre des questions traitées dans le guide. Afin de tenir compte des diverses options s'offrant au pays hôte, il a été proposé que le guide comporte des clauses législatives types, le cas échéant.

20. Toutefois, divers représentants ont fait observer qu'il risquait d'être difficile, voire peu souhaitable, d'élaborer des dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé, vu la complexité des problèmes juridiques que soulevaient en général de tels projets, dont certains se rattachaient à des questions de politique générale, ainsi que la diversité des traditions juridiques et des pratiques administratives nationales. Il a en outre été noté que, tels qu'ils étaient actuellement libellés, les projets de chapitres étaient suffisamment souples pour que les législateurs, organismes de réglementation et autres autorités de chaque pays puissent tenir compte des réalités locales lorsqu'ils mettraient en œuvre, le cas échéant, les recommandations législatives qui y figuraient.

21. Compte tenu des divers avis exprimés, il a été estimé que la Commission devrait garder à l'esprit le fait qu'il était souhaitable d'élaborer des dispositions législatives types, lorsqu'elle examinerait les recommandations concernant la législation qui figuraient dans les projets de chapitres. Ainsi, elle devrait recenser les questions pour lesquelles l'élaboration de telles dispositions augmenterait la valeur du guide (voir ci-après par. 90 à 93). Quelle que soit la décision qu'elle prendrait à ce propos, il a été convenu que les recommandations concernant la législation qui figuraient dans chaque chapitre devraient être reformulées de manière à être davantage uniformisées. Les membres de la Commission sont convenus que le secrétariat devrait, avec l'aide d'experts, revoir l'ensemble des recommandations de façon à en améliorer la cohérence et cohésion.

C. Examen des projets de chapitres

Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé (A/CN.9/458/Add.1)

22. La Commission avait examiné un précédent projet d'introduction (A/CN.9/444/Add.1) à sa trente et unième session⁷.

23. La Commission a examiné diverses propositions visant à restructurer l'introduction. Selon un avis, l'objet du guide apparaîtrait plus clairement si l'introduction était précédée d'une courte description des projets d'infrastructure à financement privé, de leur spécificité et de leurs modes de financement, ainsi que du contexte historique dans lequel ils se plaçaient. Il serait possible, à cette fin, d'ajouter un bref exposé liminaire à l'introduction actuelle, qui pourrait s'inspirer des paragraphes 54 à 59. On pourrait alors donner à l'introduction un titre différent, tel que "Portée du guide, définitions et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé".

24. Selon une autre observation, appuyée par divers représentants, il n'était pas nécessaire d'ajouter un exposé liminaire séparé de l'introduction et il était possible de préciser davantage l'objet du guide en réorganisant les différentes parties de l'introduction sans par ailleurs en changer le titre. Il a été proposé, en particulier, de placer les paragraphes 54 à 56 avant la section A de l'introduction et de les faire suivre des informations sur le contexte historique figurant aux paragraphes 57 à 82 et des actuelles sections B, C, D et E, dans cet ordre.

Section A. Objectif et portée du guide

25. Selon une opinion, on pourrait exposer plus clairement l'objet du guide en faisant référence, dans l'actuelle section-A, aux exigences et aux objectifs associés aux projets d'infrastructure à financement privé du point de vue tant du secteur public que du secteur privé. Pour le secteur privé, il s'agissait d'éléments tels que le besoin de certitude, de stabilité et de transparence, la protection des investissements et des garanties appropriées contre une ingérence intempesitive de l'autorité contractante. Quant au secteur public, ses principaux soucis étaient d'assurer la continuité du service, le respect des normes en matière d'environnement et de sécurité, un suivi adéquat des résultats du projet et la possibilité de révoquer une concession lorsque des conditions applicables n'étaient pas respectées. Il conviendrait d'ajouter des renvois, selon les besoins, aux parties suivantes du guide où ces questions étaient traitées de façon plus détaillée.

26. Afin de préciser la relation entre les recommandations et les notes correspondantes, la Commission a décidé d'insérer, après le paragraphe 2 de l'introduction, le libellé suivant:

"Chacun des chapitres du Guide est divisé en deux parties, à savoir les Recommandations concernant la législation ("Recommandations") et les Notes sur les recommandations concernant la législation ("Notes"). Les Recommandations contiennent un ensemble de principes recommandés. Les Notes offrent une introduction analytique comportant des références aux questions financières, réglementaires, juridiques, aux questions de politique et autres questions liées au sujet examiné. Elles présentent des informations générales visant à éclairer les Recommandations."

Section B. Terminologie employée dans le guide

27. Selon un avis, la notion d'"infrastructure publique" n'était pas correctement définie au paragraphe 6 car elle était liée à la notion de "services publics" qui était, elle, définie au paragraphe 8 par référence aux "infrastructures publiques". Cette situation reflétait, a-t-on déclaré, la difficulté à formuler une définition des "services publics", notion qui pouvait être comprise différemment dans les divers systèmes juridiques. Il a été proposé que le secrétariat, lorsqu'il reverrait l'introduction, envisage d'autres manières de décrire les types d'infrastructure et de services visés dans le guide.

28. On a fait observer qu'il faudrait revoir la terminologie employée dans les diverses langues, de manière à ce que les expressions mentionnées au paragraphe 15 pour désigner les

autorités publiques du pays hôte soient utilisées de façon uniforme dans l'ensemble du guide.

Section C. Formes de participation du secteur privé aux projets d'infrastructure

29. Les paragraphes portant sur les formes de participation du secteur privé n'ont pas suscité de commentaires.

Section D. Structures de financement et sources de financement des projets d'infrastructure

30. Il a été noté, de manière générale, que la section D, qui porte sur les structures de financement et les sources de financement, était étroitement liée à la fois au chapitre II, relatif aux risques de projet et à l'appui des pouvoirs publics, et à la section B.1 du chapitre IV, relative aux arrangements financiers dans l'accord de projet. Il a été proposé d'établir plus clairement le lien entre ces parties, par exemple en rassemblant les diverses parties du guide traitant des questions financières dans un seul chapitre.

31. Selon une opinion, la notion de "financement de projet", telle que décrite aux paragraphes 27 à 30, pourrait être précisée en insistant sur les différences entre ce type de financement et les opérations de financement plus classiques. On a fait remarquer que les différences ne résidaient pas essentiellement dans l'existence ou l'absence de garanties par les actionnaires de l'emprunteur ou de possibilités de recours contre ces actionnaires, mais davantage dans le fait que, dans le financement classique, les prêteurs se fiaient à la solvabilité et la situation financière de l'emprunteur et que c'était l'absence de ces deux éléments qui faisait du financement de projet la modalité privilégiée pour la plupart des projets comprenant la construction d'infrastructures nouvelles. Les paragraphes 27, 28 et 30 devraient donc être adaptés pour tenir compte de ces circonstances.

32. Il a été noté que les paragraphes 31 à 41 avaient un double objectif: d'une part, identifier les sources possibles de financement des projets d'infrastructure à financement privé et, d'autre part, décrire divers types de ressources pouvant être mobilisées pour ces projets. Il a été proposé d'y mentionner également d'autres types de financement tels que le leasing, les effets de commerce, les garanties ou les accords de soutien de compagnies d'assurance. Il a aussi été proposé de faire référence au paragraphe 41, ainsi que dans d'autres parties du texte portant sur des questions analogues, non seulement aux organismes de crédit à l'exportation mais également à la couverture des risques politiques offerte par les organismes qui encourageaient l'investissement des ressortissants de leur pays dans des pays étrangers.

33. S'agissant de la notion d'association d'un financement public et d'un financement privé, mentionnée au para-

graphe 43, il faudrait, selon une opinion, éviter de donner l'impression dans le guide que la fourniture de fonds ou de subventions publics pour le financement de projets d'infrastructure, lorsque tel était le cas, entraînait l'acceptation par le secteur public de risques qui, du fait de la nature même des projets d'infrastructure à financement privé, devraient être supportés par le secteur privé. On a fait remarquer que, dans certains systèmes juridiques, une des caractéristiques essentielles des opérations visées par le guide était que les risques étaient supportés par le concessionnaire.

Section E. Principales parties associées à la mise en œuvre de projets d'infrastructure

34. S'agissant du paragraphe 47, il a été déclaré que la notion de "promoteurs du projet" pouvait prêter à confusion, car le terme "promoteur" était employé dans certains systèmes juridiques pour désigner, non pas les entreprises privées promouvant le projet, mais les organismes publics ayant la responsabilité générale de l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé. Il a été proposé, soit d'employer des termes autres que "promoteurs", soit d'adapter le texte de manière à éviter toute possibilité de malentendu. Il a également été proposé de faire référence, dans la dernière phrase du paragraphe 47, au fait que la société de projet doit souvent être constituée conformément à la législation du pays hôte.

35. Il a été proposé de faire référence, au paragraphe 49, non seulement à la négociation d'accords intercréanciers, mais également à la possibilité d'une négociation par les prêteurs d'un accord de prêt commun.

Section F. Politique en matière d'infrastructures, structure du secteur et concurrence

36. La première phrase du paragraphe 61 donnait, a-t-on estimé, une impression franchement négative des monopoles dans le domaine des infrastructures, en particulier dans certaines langues. Il a été proposé de remanier cette phrase de façon à ne pas donner l'impression que le guide prenait une position de principe sur un sujet auquel se rattachaient, a-t-on estimé, des questions de politique intérieure.

37. On a demandé si la dernière phrase du paragraphe 66, qui semblait être quelque peu directive, pouvait être supprimée. Il a été répondu que la phrase en question faisait uniquement référence à l'un des intérêts dont tenaient compte les pays en développement lorsqu'ils examinaient les avantages d'une ouverture de certains secteurs à la concurrence et qu'elle faisait suite à une suggestion qui avait été avancée à la trente et unième session de la Commission⁸.

38. Selon une opinion, le paragraphe 82, en particulier la deuxième phrase, semblait préconiser la privatisation des exploitants d'infrastructures pour qu'un pays puisse réformer efficacement son secteur infrastructurel. Cette phrase, a-t-on estimé, devrait être supprimée et le reste du paragraphe remanié en conséquence.

Chapitre premier. Considérations générales sur la législation (A/CN.9/458/Add.2)

Remarques générales

39. La Commission a noté qu'un précédent projet de chapitre premier avait été publié sous la cote A/CN.9/444/Add.2. Elle a également noté que la section D du projet du chapitre premier actuel reprenait la teneur de certaines parties de l'ancien chapitre II, "Structure et réglementation des secteurs" (A/CN.9/444/Add.3), qui traitaient des questions d'organisation et d'administration relatives au fonctionnement des organismes de réglementation, comme suite à la décision prise par la Commission à sa trente et unième session de supprimer l'ancien chapitre II et d'en inclure la teneur dans d'autres chapitres du guide⁹.

40. À titre d'observation générale, il a été proposé de réduire le nombre de recommandations concernant la législation figurant dans le guide et de limiter ces recommandations aux questions de caractère clairement législatif. Selon un avis, certaines des recommandations étaient de caractère plus descriptif et il serait plus approprié de les inclure dans les notes. La Commission est convenue que le guide ne devrait pas comporter un nombre excessif de recommandations et qu'il faudrait garder présent à l'esprit cet objectif lors de l'examen des différents chapitres du guide.

41. La Commission a débattu du style des recommandations. Selon un avis, qui a été appuyé par divers représentants, le style de ces recommandations était par trop prudent et il faudrait utiliser un langage plus ferme. Il a été noté que, dans de nombreux cas, les conseils figurant dans les notes étaient libellés en des termes plus fermes que les recommandations elles-mêmes.

42. En réponse à ces observations, il a été noté que, lors de la trente et unième session de la Commission, le secrétariat avait été prié de rédiger les recommandations concernant la législation sous la forme de "principes législatifs concis"¹⁰, et que l'on s'était prononcé pour l'utilisation d'un libellé souple, plutôt qu'impératif.

43. Après examen des divers avis exprimés, il a été convenu que le guide n'avait pas pour objet d'empiéter sur la souveraineté nationale et ne devait pas être trop directif quant à la teneur des lois nationales. Néanmoins, la Commission a jugé dans l'ensemble qu'il serait approprié de formuler ces

recommandations en des termes plus fermes. Il a également été convenu que différentes options concernant la formulation des recommandations pourraient être envisagées lors de leur examen par la Commission, étant entendu qu'il fallait garder présente à l'esprit la nécessité d'assurer la plus grande uniformité possible en la matière.

44. Pour ce qui est du projet de chapitre lui-même, il a été proposé que l'on y souligne les principes généraux devant inspirer le cadre législatif national applicable au projet d'infrastructure à financement privé, notamment les principes de transparence, d'équité, d'ouverture et de concurrence.

45. Il a été noté que la question de la loi régissant la mise en œuvre des projets d'infrastructure à financement privé était logiquement liée aux questions traitées dans le projet de chapitre. Il a donc été demandé si le projet de chapitre VII, "Droit applicable" (A/CN.9/458/Add.8), pourrait être abrégé et combiné avec le projet de chapitre premier. Il a été répondu qu'une version antérieure du chapitre premier (A/CN.9/444/Add.2) comportait, dans ses sections B et C, un examen des incidences possibles d'autres domaines du droit sur la bonne mise en œuvre des projets d'infrastructure à financement privé et des incidences éventuelles d'accords internationaux conclus par le pays hôte sur la législation nationale applicable à ces projets. Cet examen avait été élargi de manière à incorporer diverses propositions qui avaient été faites lors de la trente et unième session de la Commission¹¹ et, afin que sa lecture en soit plus facile, il avait été déplacé au projet de chapitre VII, "Droit applicable" (A/CN.9/458/Add.8).

46. La Commission a estimé que les différentes versions linguistiques du prochain projet de guide législatif devraient être soigneusement examinées, de manière à en assurer l'exactitude terminologique et l'uniformité. Des représentants ont été invités à présenter au secrétariat des suggestions afin d'améliorer la terminologie utilisée dans le projet guide.

Considérations générales (recommandation 1 et par. 1 à 15)

47. Selon un avis, la première phrase de la recommandation 1 n'était pas suffisamment précise quant au pouvoir dont devaient disposer les autorités contractantes pour octroyer des projets d'infrastructure. Il a également été noté que les autorités contractantes n'étaient pas identifiées dans la recommandation 1. Il a donc été proposé que cette recommandation soit modifiée de manière à être plus claire.

48. Il a été répondu que la question de savoir qui avait le pouvoir d'octroyer des projets d'infrastructure dépendait de l'organisation constitutionnelle, des traditions juridiques et de la structure administrative du pays et qu'il ne serait peut-être pas possible de formuler la recommandation 1 de manière

plus précise sans avoir à décrire les complexités de la structure interne et des pouvoirs des autorités contractantes dans les différents pays. Il a été avancé qu'une référence générale aux organismes autorisés, telle qu'elle figurait aux paragraphes 17 et 18 des notes, serait peut-être suffisante aux fins du projet de chapitre.

49. La Commission est convenue que, pour plus de clarté, l'on ajoute les mots "pouvoir assorti, le cas échéant, des conditions qui pourront être jugées appropriées" à la première phrase de la recommandation 1. Pour la même raison, la Commission est également convenue d'ajouter des mots "ou la révision" après les mots "lors de la mise en place" au paragraphe 1 des notes.

50. Pour ce qui est de la deuxième phrase de la recommandation 1, il a été jugé qu'il ne serait pas approprié que le guide recommande un réexamen des dispositions constitutionnelles existantes, processus politiquement délicat dans de nombreux pays. On a également noté qu'une révision ou une modification de la constitution d'un État, telle qu'elle était envisagée dans la recommandation 1, était une procédure compliquée, qui n'était sans doute pas nécessaire pour atteindre les objectifs législatifs énoncés dans le guide. Le but, à savoir encourager les investissements privés, relevait en fait du droit administratif, plutôt que constitutionnel. Il a été proposé que référence soit plutôt faite à un examen des dispositions législatives. Dans le même ordre d'idées, il a également été avancé que, telle qu'elle était actuellement libellée, la deuxième phrase de la recommandation 1 aurait davantage sa place dans les notes.

51. En réponse à ces observations, il a été fait observer que le guide s'adressait aux législateurs et dirigeants des pays désireux de promouvoir les investissements privés dans les projets d'infrastructure. Le guide lui-même ne préconisait pas l'ouverture du secteur des infrastructures aux investissements privés, mais se contentait de donner des conseils sur des questions d'ordre législatif aux législateurs et dirigeants de pays ayant pris la décision d'attirer les investissements privés pour la réalisation de projets d'infrastructure. L'objet de la référence, dans la recommandation 1, à un examen des dispositions constitutionnelles, était d'attirer l'attention du lecteur sur la nécessité de recenser les obstacles juridiques potentiels à la mise en œuvre des projets d'infrastructure à financement privé.

52. Il a été proposé que la dernière phrase du paragraphe 10 soit modifiée, afin qu'il soit bien clair que le guide se prononçait non pas contre une législation sectorielle détaillée en soi, mais seulement contre une législation comportant des dispositions excessivement détaillées sur la teneur des arrangements contractuels entre l'autorité contractante et le concessionnaire.

53. S'agissant des paragraphes 12 à 15, un certain nombre de questions ont été soulevées concernant la mention de l'application, dans certains systèmes juridiques, d'un "régime juridique spécial" aux projets d'infrastructure à financement privé. On a fait observer, en particulier, que le pouvoir ou le droit des pouvoirs publics de révoquer ou de modifier un contrat, pour des raisons d'intérêt général, soulevait un certain nombre de problèmes. Selon un avis, le financement des projets d'infrastructure exigeait un environnement stable et prévisible et, pour attirer des capitaux d'investissement, les pays auraient intérêt à restreindre ce pouvoir de révoquer ou de modifier le contrat. Ils pourraient, a-t-on déclaré, souhaiter adopter une législation réduisant au minimum le pouvoir d'une entité publique d'intervenir une fois le contrat conclu. Le guide devrait éviter de donner l'impression qu'en mentionnant l'existence de telles prérogatives spéciales dans certains systèmes juridiques il les approuvait implicitement. En outre, il devrait indiquer clairement que le cocontractant était en droit de recevoir une indemnisation raisonnable et adéquate en cas de préjudice dû à une révocation ou une modification du contrat par les pouvoirs publics.

54. On a fait observer, en réponse à ces observations, que les paragraphes 13 et 15 reflétaient de manière succincte mais correcte certaines des caractéristiques essentielles du régime régissant les projets d'infrastructure à financement privé de certains systèmes juridiques. On a fait observer que, dans ces systèmes, l'autorité contractante avait, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, même quand ces derniers ne précisent rien sur ce point, des prérogatives exceptionnelles qui ne pouvaient pas être légalement levées. Ces prérogatives incluaient, comme il était mentionné au paragraphe 13, le pouvoir de modifier les clauses des contrats administratifs ou de révoquer ces contrats, ou encore de demander à ce qu'ils soient résiliés par un organe judiciaire pour des raisons d'intérêt général. Ces prérogatives extraordinaires se justifiaient par le devoir qu'avait l'administration d'agir dans l'intérêt général. L'exercice de ces prérogatives, outre qu'il n'était en aucun cas arbitraire et était en tout état de cause sujet à contrôle judiciaire, imposait des obligations contraignantes à l'administration, en particulier celle d'assurer la continuité du service public et d'indemniser le concessionnaire en cas de préjudice dû à la modification ou à la résiliation du contrat. Dans la mesure où des chapitres subséquents du guide (par exemple, le chapitre V "Construction et exploitation de l'infrastructure", et le chapitre VI "Achèvement du projet, prorogation et résiliation") traitaient des conséquences juridiques de l'exercice par l'autorité contractante de certaines prérogatives particulières, les inquiétudes exprimées pourraient être apaisées en ajoutant au paragraphe 13 des renvois appropriés.

Étendue du pouvoir d'octroyer des concessions (recommandation 2 et par. 16 à 25)

55. On a fait observer que le libellé employé dans le chapeau de la recommandation était inutilement prudent. Il a été proposé de remplacer les mots “voudra peut-être envisager” par “devrait envisager”.

56. Il a été suggéré de développer l'alinéa b) de la recommandation 2 de manière à tenir compte du fait que, dans certains systèmes juridiques, le régime régissant les concessions comprenait des principes de droit qui découlaient de la jurisprudence.

57. La Commission est convenue que le paragraphe 16 devait être revu de manière à préciser le sens de l'expression “entités décentralisées”.

58. S'agissant du paragraphe 17, il a été déclaré que dans certains pays il pouvait être impossible de décrire de manière positive l'étendue du pouvoir d'octroyer des concessions et que le guide devrait faire référence à la technique parfois utilisée qui consistait à circonscrire ce pouvoir en indiquant les domaines d'activités dans lesquels aucune concession ne pouvait être octroyée (par exemple, les activités liées à la défense et à la sécurité nationales).

Coordination administrative (recommandation 3 et par. 27 à 32)

59. Selon une opinion, il faudrait inclure à l'alinéa a) de la recommandation 3 une référence à la réalisation, par l'autorité contractante, d'études permettant de déterminer le résultat attendu du projet, de donner des arguments suffisants pour justifier l'investissement, de proposer des modalités pour la participation du secteur privé et de décrire une solution particulière à l'obligation de résultats. Dans certains pays, une telle étude était désignée, dans la pratique, par les termes “analyse de rentabilisation” (*business case*).

60. Il a été proposé par ailleurs de mentionner à l'alinéa a) de la recommandation 3 la nécessité de réaliser des études sur l'impact attendu du projet proposé sur le secteur infra-structurel visé et, selon les cas, sur d'autres secteurs infra-structurels.

61. Il a été convenu d'insérer les mots “la construction et” avant les mots “le fonctionnement” à l'alinéa b) de la recommandation 3.

62. La Commission a été informée que l'expérience internationale récente avait montré qu'il était utile de créer un service central au sein de l'administration du pays hôte, chargé de formuler la politique générale et de fournir des orientations pratiques sur les projets d'infrastructure à financement privé ainsi que de coordonner les contributions des principaux organismes publics qui seraient en relation

avec la société de projet. Il a été proposé d'inclure une recommandation à cet effet dans la recommandation 3.

63. S'agissant de la répartition des pouvoirs entre les différents échelons de l'administration, question mentionnée au paragraphe 32, il a été proposé de renforcer le texte en invitant instamment les pays à coordonner leurs efforts aux divers échelons et dans les divers domaines de l'administration.

Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure (recommandations 4 et 5 et par. 33 à 55)

64. Il a été suggéré d'indiquer dans la recommandation 4 que les décisions de tout organisme de réglementation doivent respecter les lois sur la transparence dans l'administration.

65. On a fait observer que la notion d'indépendance et d'autonomie des organismes de réglementation, telle qu'envisagée à l'alinéa b) de la recommandation 4, comportait deux aspects principaux, à savoir l'indépendance vis-à-vis du gouvernement du pays hôte et l'indépendance vis-à-vis de l'industrie soumise à la réglementation. Il a été proposé de combiner la deuxième partie de l'alinéa a) de la recommandation 4, qui mentionnait une des conditions à respecter pour assurer l'indépendance des organismes de réglementation, avec l'alinéa b) de cette même recommandation.

66. S'agissant de la même question, on a fait observer que différents systèmes juridiques prévoyaient des formes de recours différentes, y compris un recours administratif, et que les termes “procédures d'appel” à l'alinéa b) de la recommandation 5 ne devraient pas donner à penser que les recours ne pouvaient être que judiciaires.

67. S'agissant toujours de l'alinéa b) de la recommandation 5, on a noté que l'évolution récente de la législation de certains pays avait entraîné une extension des possibilités de recours contre des décisions réglementaires de manière à reconnaître les droits de certains tiers, tels que les consommateurs ou les usagers d'infrastructures, de faire appel de décisions réglementaires qui allaient à l'encontre de leurs droits. Il a été proposé de développer en conséquence l'alinéa c) de la recommandation 5.

68. Selon une opinion, une clarification des procédures d'appel, qu'elles soient administratives, arbitrales ou judiciaires, pourrait aider à attirer les investissements privés vers les projets d'infrastructure publique. Le guide devrait insister sur la nécessité pour les organismes de réglementation de prendre des décisions en temps voulu.

69. On a fait observer que la possibilité de déléguer à des experts extérieurs certaines tâches de réglementation, question évoquée au paragraphe 48, ne constituait pas une solution appropriée dans toutes les situations, en particulier dans les

pays où les ressources étaient limitées. Il fallait faire preuve de prudence pour éviter de potentiels conflits d'intérêt. Il a été convenu que la dernière phrase du paragraphe 48 devrait être supprimée.

Chapitre II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics (A/CN.9/458/Add.3)

Remarques générales

70. Selon un avis, les considérations relatives aux risques liés aux projets d'infrastructure à financement privé et les solutions contractuelles classiques de répartition des risques, actuellement présentées dans la section B du projet de chapitre, se rattachaient logiquement aux arrangements financiers relatifs à l'exécution de projets d'infrastructure, qui étaient traités dans d'autres portions du guide, à savoir la section D de l'introduction (A/CN.9/458/Add.1) et la section B.1 du chapitre IV, "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5). Il a donc été proposé que l'examen de ces questions soit regroupé dans un seul nouveau chapitre concernant les arrangements financiers relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé.

71. Dans le même ordre d'idées, il a été noté que la section C du projet de chapitre, qui présentait des considérations de politique générale concernant l'appui direct des pouvoirs publics et examinait d'autres mesures d'appui, ainsi que les sections D et E, qui mettaient l'accent sur les garanties et mesures d'appui pouvant être fournies par des institutions financières internationales et bilatérales, étaient étroitement liées aux arrangements contractuels relatifs à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé. Il a donc été proposé que les sections C à E soient incorporées au chapitre IV.

72. Selon un autre avis, qui a reçu un large appui, un chapitre distinct traitant des questions liées aux risques de projet et à l'appui des pouvoirs publics était utile, car il mettait l'accent, pour le lecteur, sur l'importance d'une répartition efficace des risques de projet, afin d'assurer la bonne exécution des projets d'infrastructure à financement privé. Il a également été noté que le niveau de l'appui que les pouvoirs publics fourniraient aux projets d'infrastructure à financement privé pourrait être déterminé par secteur, et non pas seulement par projet. Ainsi, il ne serait pas souhaitable de considérer les questions examinées dans le projet de chapitre comme d'ordre purement contractuel.

73. Bien qu'il ait été dans l'ensemble convenu de conserver le projet de chapitre, il a été jugé que le lien entre les questions qui y étaient traitées et les considérations financières examinées ailleurs dans le guide pourrait être établi plus clairement. A cette fin, il serait par exemple possible d'insérer dans le chapitre une brève section soulignant les exigences

particulières du financement sur projet, du point de vue des risques de projet et de la répartition de ces risques.

74. Il a été proposé d'ajouter, après le paragraphe 2 des notes se rapportant aux recommandations, le libellé suivant:

"Autrefois, le financement par l'emprunt des projets d'infrastructure se faisait par sollicitation de crédits auprès des promoteurs du projet, d'organismes de crédit à l'exportation multilatéraux et nationaux, des pouvoirs publics et d'autres tiers. Ces dernières années, ces sources traditionnelles n'ont pas été en mesure de faire face aux besoins croissants de capitaux pour les infrastructures et le financement devient de plus en plus souvent un financement sur projet.

Le financement sur projet, comme modalité de financement, vise à établir la solvabilité propre de la société de projet avant même le début des travaux de construction ou la création de revenus, et à emprunter en se fondant sur cette solvabilité. Des commentateurs ont fait observer que le financement sur projet pouvait être un moyen de mobiliser la masse de capitaux virtuellement disponibles sur les marchés financiers pour les investir dans les infrastructures. Toutefois, le financement sur projet présente, d'un point de vue financier, des caractéristiques particulières et contraignantes. La plus importante est le fait que, dans une structure de ce type, les parties au financement doivent compter essentiellement pour être remboursées sur les actifs et le cash flow de la société de projet. Si le projet échoue, ils ne pourront pas se retourner, ou seulement de façon limitée, contre un promoteur du projet ou une autre tierce partie pour se faire rembourser.

La méthodologie financière sur laquelle se base le financement sur projet exige une projection précise des dépenses d'investissement, des recettes et des coûts, frais, taxes et engagements liés au projet. Pour prévoir avec précision et certitude ces montants, et pour créer un modèle financier pour le projet, il est généralement nécessaire de partir d'une "hypothèse de base" pour les recettes, coûts et frais de la société de projet, couvrant une longue période – souvent 20 ans ou plus –, afin de déterminer le montant des emprunts et des fonds propres que l'on peut envisager. La détermination et la quantification des risques sont deux éléments fondamentaux de cette analyse. C'est pourquoi la détermination, l'évaluation, la répartition et l'atténuation des risques sont, d'un point de vue financier, au cœur même de ce type de financement.

Parmi les risques qu'il est le plus important, mais aussi le plus difficile, d'évaluer et d'atténuer, il y a le "risque politique" (risque de mesures défavorables du pays hôte, de ses organismes ou de ses tribunaux, en particulier pour ce qui est de l'octroi de licences et d'autorisations, de la réglementation applicable à la société de projet et à ses marchés, du régime d'imposition et de l'exécution des obligations contractuelles) et le "risque de change" (risque relatif à la valeur, la transférabilité et la convertibilité de la monnaie locale). C'est en raison de ces risques, en particulier, que le financement sur projet est souvent assorti d'une assurance ou de garanties d'organismes de crédit multilatéraux et d'agences de crédit à l'exportation, ainsi que de garanties du pays hôte."

75. La Commission a approuvé dans l'ensemble la teneur de l'ajout proposé et a prié le secrétariat d'examiner à quel endroit il serait le plus approprié d'insérer le nouveau texte (c'est-à-dire soit dans le projet de chapitre, soit dans l'introduction du guide). Elle a en outre décidé d'insérer, à un endroit approprié du projet de chapitre, un texte libellé comme suit:

"D'autres chapitres du présent guide traitent d'aspects du régime juridique du pays hôte qui ont un rapport avec l'analyse des crédits et des risques liés à un projet. L'accent mis sur ces questions variera de toute évidence selon le secteur et le type de projet. Le lecteur se reportera en particulier aux chapitres suivants: chapitre IV "L'accord de projet", chapitre V "Construction et exploitation de l'infrastructure", chapitre VI "Achèvement du projet, prorogation et résiliation", chapitre VII "Droit applicable" et chapitre VIII "Règlement des différends"."

76. Il a été noté que le guide comportait un grand nombre d'expressions techniques utilisées dans la pratique commerciale et financière et il a été convenu que le texte final devrait comporter un glossaire des termes techniques utilisés dans le guide.

Risques de projet et répartition des risques (recommandation 1 et par. 3 à 24)

77. Selon un avis, il était important que l'autorité contractante dispose de suffisamment de pouvoirs pour convenir d'une répartition des risques répondant aux exigences du projet, non seulement de son point de vue à elle, mais également compte tenu des intérêts de toutes les parties en jeu. Il a donc été convenu de supprimer les mots "du point de vue de l'autorité contractante" dans la recommandation 1.

78. Il a été proposé que la recommandation 1 fasse également référence à la nécessité d'attirer des capitaux pour les

projets d'infrastructure à financement privé. Toutefois, cette proposition n'a pas reçu un appui suffisant.

79. Il a été noté que les paragraphes 6 à 15 faisaient largement référence aux risques pour la société de projet, mais n'accordaient pas une attention suffisante aux risques pour l'autorité contractante. Il a donc été convenu que les paragraphes 6 à 15 mentionneraient également les risques propres à l'autorité contractante, notamment les risques liés au transfert de l'infrastructure à l'autorité contractante au terme du projet.

80. Il a été noté que le paragraphe 7 faisait référence au risque d'une interruption du projet causée par des événements imprévus ou extraordinaires échappant au contrôle des parties, alors que le paragraphe 8 mentionnait le risque que l'exécution du projet soit influencée négativement par des actes de l'autorité contractante, d'une autre entité publique ou de l'organe législatif du pays hôte. On a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, il existait des principes juridiques bien établis permettant de faire face à de telles situations. Par exemple, dans le cas visé au paragraphe 7, certains systèmes juridiques imposaient au concessionnaire l'obligation de continuer de fournir les services, malgré la survenance desdits événements imprévus ou extraordinaires, dans des limites raisonnables et sous réserve de la fourniture d'une assistance appropriée, financière ou autre, par l'autorité contractante, par exemple le paiement d'un dédommagement approprié pour compenser les dépenses supplémentaires engagées par le concessionnaire. En outre, dans le cas visé au paragraphe 8, certains systèmes juridiques reconnaissaient que le concessionnaire pouvait avoir droit à un certain dédommagement, dans la mesure où l'exécution du projet avait été négativement affectée par des actes de l'autorité contractante elle-même, d'une autre entité publique, ou de l'organe législatif du pays hôte. Puisque ni le paragraphe 7, ni le paragraphe 8 n'indiquaient les conséquences juridiques de tels cas, il a été convenu d'inclure des références appropriées aux autres parties du guide où ces questions étaient traitées plus en détail.

81. Il a été proposé, pour plus de clarté, de remplacer au paragraphe 17 le mot "négociateurs" par les mots "autorités contractantes".

82. Il a été proposé que le paragraphe 18 mentionne le fait que les garanties de bonne fin fournies par les entrepreneurs et les fournisseurs d'équipement étaient souvent complétées par des garanties similaires fournies par le concessionnaire au bénéfice de l'autorité contractante.

83. Il a été convenu que la référence aux garanties contre l'expropriation ou la nationalisation, qui étaient mentionnées au paragraphe 19, ne devait pas être interprétée comme un

renoncement de la part des pouvoirs publics à invoquer leur droit souverain d'acquiescer les actifs du projet par une expropriation ou une procédure similaire, à condition qu'un dédommagement approprié soit payé, conformément aux règles en vigueur dans le pays hôte et aux règles pertinentes du droit international.

84. Selon un avis, la dernière phrase du paragraphe 24 comportait un avertissement important aux législateurs des pays hôtes, indiquant qu'il n'était pas souhaitable d'avoir des dispositions législatives limitant inutilement la capacité des négociateurs à répartir les risques de projet de façon équilibrée. Il a été convenu qu'il serait utile de donner une place plus éminente à cette même idée à la sous-section B.2.

Appui des pouvoirs publics (recommandation 2 et par. 25 à 56)

85. La Commission est convenue que le mot "indiquant" dans la recommandation 2 ne mettait pas suffisamment l'accent sur la nécessité de bien préciser les formes de l'appui pouvant être fourni par les pouvoirs publics du pays hôte et qu'il faudrait le remplacer par le mot "énonçant".

86. Étant donné que le chapitre décrivait diverses formes d'appui des pouvoirs publics, dont toutes n'étaient pas de caractère financier, il a été convenu d'adapter en conséquence la recommandation 2 et le paragraphe 26.

87. Selon un avis, la dernière phrase du paragraphe 28, qui mettait en garde les organismes publics contre le risque de prendre trop d'engagements en octroyant des garanties pour un projet donné, était superflue ou, en tout cas, ne devait pas être interprétée comme une sorte d'ingérence dans la politique du pays hôte. Il a été répondu que le paragraphe 28 donnait des avis précieux aux législateurs, qui devraient être conservés dans le guide. Il a été noté que certains pays ayant une expérience considérable des projets d'infrastructure à financement privé avaient jugé nécessaire d'introduire des techniques appropriées de budgétisation des mesures d'appui des pouvoirs publics ou d'évaluation du coût total d'autres formes d'appui, afin d'éviter le risque d'un engagement financier excessif des organismes publics.

88. À propos du paragraphe 31, il a été noté que les obligations du pays hôte en vertu d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges risquaient également de limiter son aptitude à fournir certaines formes d'appui autres qu'un appui financier aux sociétés opérant sur son territoire.

89. En réponse à une question concernant l'objet et l'utilité du paragraphe 36, il a été noté que, dans certains pays, la participation des pouvoirs publics à un projet donné faisait souvent espérer que les pouvoirs publics appuieraient

pleinement le projet, voire finiraient par le reprendre à leur frais si la société de projet faisait défaut, même s'ils n'étaient pas tenus légalement de le faire. Selon un avis également, cette mise en garde figurant au paragraphe 36 était utile, car une prise de participation pouvait entraîner le transfert aux pouvoirs publics d'une portion des risques du projet et la perte de fonds publics, au cas où la société de projet deviendrait insolvable, aurait inévitablement des conséquences politiques. Il a toutefois été convenu que le sens du paragraphe 36 devrait être précisé, notamment la référence aux différents moyens utilisables par les pouvoirs publics pour se protéger contre les risques qui y étaient mentionnés. Il a été noté, en particulier, que des dispositions contractuelles libérant les pouvoirs publics de toute obligation de souscrire à des actions supplémentaires, au cas où il serait nécessaire d'augmenter le capital de la société du projet, risquaient d'être contraires à la législation nationale dans certains pays.

90. Pour ce qui est du paragraphe 39, il a été noté qu'il importait également de garder présentes à l'esprit, outre les lois nationales sur la concurrence, les obligations du pays hôte en vertu d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges. Il a été avancé que ces considérations s'appliquaient également aux paragraphes 51 à 53.

91. Selon un avis, l'expression "garanties souveraines" figurant au paragraphe 40 ne reflétait pas la teneur de cette sous-section et pourrait impliquer une référence au droit international public, notamment à l'immunité souveraine. Il a été proposé de revoir l'utilisation de cette expression.

92. Il a été suggéré que le paragraphe 41 a) mentionne le cas où il ne serait pas possible de satisfaire aux attentes en vertu d'un accord d'enlèvement, du fait de la privatisation de l'entité publique intéressée.

93. Le risque lié aux fluctuations des taux de change, a-t-on noté, était normalement considéré comme un risque commercial, comme il était indiqué au paragraphe 44. Néanmoins, on a avancé que, lorsque la société de projet était incapable de rembourser des fonds empruntés en devises en raison de fluctuations extrêmes des taux de change, le risque de change pourrait être considéré comme un risque politique. Dans la pratique, les pouvoirs publics acceptaient parfois d'aider dans de tels cas la société de projet.

94. À propos des paragraphes 51 à 53, on a estimé que les assurances données par les pouvoirs publics visant à protéger le concessionnaire de la concurrence risquaient parfois d'être incompatibles avec les obligations du pays hôte en vertu d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges, circonstance qui devrait être mentionnée dans le guide.

95. Il a été convenu que le paragraphe 68, ainsi que d'autres sections pertinentes du guide, devraient mentionner à la fois les organismes de crédit à l'exportation et les organismes de développement national. Il a également été convenu que le titre de la sous-section devrait être libellé comme suit: "Garanties fournies par des organismes de crédit à l'exportation et des organismes de développement national".

96. Les organismes de crédit à l'exportation, a-t-on indiqué, garantissaient en général le paiement lorsque l'acheteur, pour quelque raison que ce soit, ne pouvait l'effectuer. Dans ce sens, ces organismes fournissaient une forme d'assurance. Afin de préciser la portée des garanties offertes par l'assurance sur le crédit à l'exportation, il a été convenu d'ajouter au début du paragraphe 69 a) les mots "Dans le contexte du financement des projets d'infrastructure à financement privé".

Chapitre III. Sélection du concessionnaire (A/CN.9/458/Add.4)

Considérations générales (recommandation 1 et par. 1 à 30)

97. Il a été convenu que les recommandations exprimées au chapitre III devraient être réexaminées et ajustées si nécessaire, afin qu'il soit bien certain que tous les conseils donnés dans les notes qui justifiaient une disposition législative étaient reflétés comme il convient dans les recommandations, sans toutefois que soient ajoutées des références superflues, dans lesdites recommandations, à l'administration de la procédure de sélection du concessionnaire.

98. Différents avis ont été exprimés en faveur des méthodes de sélection du concessionnaire faisant appel à la concurrence, sous réserve d'ajustements appropriés pour tenir compte des exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé. Selon certains avis, il fallait s'en tenir aux méthodes faisant appel à la concurrence, afin d'éviter des pratiques abusives ainsi que la corruption et d'obtenir la meilleure valeur, tant pour le pays hôte que pour les utilisateurs des infrastructures à financement privé. Il a été noté que la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services, qui se fondait sur la notion de marché public ouvert à la concurrence, constituait une base appropriée pour la conception de procédures de sélection dans le cadre des projets d'infrastructure à financement privé. Vu la relation entre les méthodes de passation des marchés prévues dans la Loi type et les méthodes de sélection pour les projets d'infrastructure à financement privé, il était possible de faire référence à la Loi type dans le guide législatif, chaque fois que cela était approprié, et de limiter de ce fait le chapitre III aux dispositions qui différaient de celles qui étaient énoncées dans la Loi type.

99. Il a toutefois été répondu que, dans certains pays, conformément à une tradition ancienne, les projets d'infrastructure à financement privé (faisant intervenir une concession de service public de la part d'une entité publique) étaient soumis à un régime juridique spécial, différent de nombreux égards du régime applicable en général à la passation de marchés de biens, de travaux et de services. Ce régime spécial mettait l'accent sur la liberté de l'organe délégant de choisir l'opérateur le mieux adapté à ses besoins, du point de vue de ses qualifications professionnelles, de sa surface financière, de son aptitude à assurer la continuité du service et l'égalité de traitement des usagers et de la qualité de sa proposition. Toutefois, cette liberté de négociation ne signifiait pas que l'on pouvait procéder à un choix arbitraire et les lois de ces pays énonçaient des procédures permettant d'assurer la transparence et l'équité du processus de sélection.

100. La Commission, rappelant son examen de la question à sa session précédente¹² (A/53/17, par. 123 à 130), et considérant que le guide législatif devrait être utilisable dans le monde entier, a approuvé la recommandation 1 quant au fond, étant entendu qu'il serait précisé que cette recommandation devrait être mise en œuvre conformément à la tradition juridique de l'État intéressé.

Présélection des soumissionnaires (recommandation 2 et par. 39 à 56)

101. Il a été rappelé que, si la procédure de présélection décrite dans la recommandation ressemblait à certains égards aux procédures traditionnelles de présélection ("*pre-qualification*") pour la passation de marchés de biens et de services, il importait de distinguer ces deux procédures (afin d'éviter la connotation d'une qualification (ou disqualification) automatique, inhérente aux procédures traditionnelles de présélection). Il a donc été confirmé qu'il était approprié d'utiliser, dans la version anglaise du projet de chapitre, l'expression "*pre-selection proceedings*", plutôt que l'expression "*pre-qualification proceedings*"¹³.

102. Il a été proposé que la recommandation 2 mentionne les critères de présélection des soumissionnaires, de même que la recommandation 6 d) énonçait des critères pour l'évaluation des propositions des soumissionnaires. En outre, il a été déclaré que la recommandation était incomplète, en ce sens qu'elle n'énonçait pas toutes les conditions mentionnées au paragraphe 43 et qu'il faudrait la modifier afin de tenir compte de la teneur de ce paragraphe.

103. Il a été convenu de souligner, dans la dernière phrase du paragraphe 50, qu'il était nécessaire d'annoncer à l'avance son intention d'appliquer des préférences nationales dans le cadre de la procédure de présélection.

104. Si le maintien de la recommandation 2 d) (envisageant de donner à l'autorité contractante la possibilité d'annoncer dans l'invitation à participer à la procédure de présélection que les soumissionnaires seraient indemnisés des dépenses engagées par eux pour préparer les documents de présélection en cas d'impossibilité d'exécuter le projet) a reçu un certain appui, l'avis qui a prévalu a été que cette recommandation devrait être supprimée car, dans de nombreux pays, une telle indemnisation n'était pas envisagée. Il a toutefois été convenu de conserver les paragraphes 51 et 52 des notes, qui donnaient des informations utiles sur cette possibilité. Il a été proposé de souligner, dans la dernière phrase du paragraphe 52, que l'autorité contractante devait annoncer sans tarder son intention d'indemniser les soumissionnaires dans certaines circonstances, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes (recommandations 3 à 5 et par. 58 à 64)

105. Le secrétariat a été prié de préciser (dans les recommandations et dans les notes y relatives) les différences entre a) les discussions entre l'autorité contractante et les soumissionnaires concernant la teneur des propositions; b) les demandes d'éclaircissements que les soumissionnaires pouvaient adresser à l'autorité contractante; et c) les négociations finales telles que décrites dans la recommandation 12 et aux paragraphes 92 et 93. Il a été noté que de telles précisions exigeraient peut-être une certaine restructuration du texte.

Teneur de la sollicitation définitive de propositions (recommandation 6 et par. 65 à 74)

106. Il a été noté que l'un des problèmes qui se posaient fréquemment dans la pratique tenait au délai excessivement long qui était requis pour attribuer le projet et négocier l'accord de projet; à ce propos, il a été suggéré de souligner l'importance de la recommandation 6 c) relative à l'inclusion, dans la sollicitation définitive de propositions, des clauses contractuelles de l'accord de projet. Si ces clauses étaient présentes, sous une forme détaillée, dans la sollicitation définitive, le délai requis pour la conclusion de l'accord de projet s'en trouverait réduit et la transparence du processus améliorée.

107. Il a été proposé de reprendre dans la recommandation 6, avec les ajustements nécessaires, la teneur des recommandations 11 b) (relative au seuil concernant la qualité et les aspects techniques des propositions) et 12 c) (relative aux clauses contractuelles désignées comme non négociables). Il a également été proposé d'aligner le paragraphe 71 e), dans les versions linguistiques où cela était nécessaire, avec le

paragraphe 84 c). En outre, il a été proposé de faire référence, dans le paragraphe 73, au chapitre IV, "L'accord de projet", qui donnait davantage d'indications au lecteur sur les questions traitées dans ce paragraphe.

Éclaircissements et modifications (recommandation 7 et par. 75 et 76)

108. Il a été proposé d'établir une distinction plus claire, aux paragraphes 75 et 76, entre les éclaircissements et les modifications et de faire référence, dans la recommandation 7, à la possibilité de prolonger le délai de soumission de propositions, en cas de modifications importantes apportées aux sollicitations de propositions. Pour ce qui est de la recommandation 7 b), il a été jugé dans l'ensemble qu'il importait d'énoncer l'obligation de dresser un procès-verbal des réunions de soumissionnaires convoquées par l'autorité contractante. Néanmoins, il a été indiqué que les conséquences juridiques d'un défaut d'établissement de procès-verbaux n'avaient pas à être traitées dans le guide juridique et que ces conséquences pourraient être régies par d'autres règles juridiques applicables à la conduite de l'autorité contractante. Il a été avancé qu'un défaut d'établissement de procès-verbaux appropriés ne devrait pas nécessairement conduire à conclure que la sélection était viciée.

Teneur des propositions définitives (recommandation 8 et par. 77 à 82)

109. Il a été convenu que les mots "peut souhaiter", dans la recommandation 8, devraient être remplacés par des mots plus fermes; en outre, il faudrait préciser dans cette recommandation que les propositions définitives devraient donner des renseignements sur tous les facteurs pertinents afin de permettre à l'autorité contractante d'établir la conformité de la proposition (notamment les informations requises pour évaluer le niveau d'appui des pouvoirs publics escompté par le soumissionnaire; la garantie de soumission, comme il est expliqué aux paragraphes 81 et 82; des informations sur la qualité des services; et tous les aspects de l'impact du projet sur l'environnement). Pour ce qui est du paragraphe 79 d), il a été proposé que les soumissionnaires soient priés d'indiquer dans quelle mesure ils étaient prêts à assumer des risques de type "force majeure", c'est-à-dire les risques liés aux conséquences financières d'événements imprévus.

Critères d'évaluation (recommandations 9 et 10 et par. 83 à 86)

110. Il a été convenu que le respect des normes d'environnement (recommandation 9 d)) était une exigence et ne devrait pas être inclus dans les critères d'évaluation; en effet, on laissait entendre, ce faisant, qu'il était possible de s'écarter de ces normes. Il a été décidé d'incorporer la recommandation 9 d) dans la recommandation 8.

111. Il a été proposé que, puisque l'on ne pouvait supposer qu'il serait procédé dans tous les cas à une présélection des soumissionnaires, les recommandations comportent une disposition relative à l'évaluation des qualifications des soumissionnaires.

112. Il a été noté que, dans la pratique de certains pays, un nouveau critère d'évaluation était apparu, sur la base duquel le pays hôte était à même d'évaluer l'impact social ou la valeur sociale du projet (par exemple, ses avantages pour des groupes de personnes ou des entreprises défavorisés) et il a été proposé que le guide législatif mentionne ce critère "social".

113. Il a été noté que la déclaration figurant au paragraphe 84 b), selon laquelle il fallait prévoir, lorsque cela était possible, le transfert de la technologie utilisée à chaque phase du projet, exprimait un avis qui ne serait peut-être pas toujours acceptable en raison des droits exclusifs qui se rattachaient en général aux informations protégées. Il a été proposé de remplacer au paragraphe 84 c) les mots "peuvent comprendre" par les mots "devraient comprendre" et de déplacer la teneur de cet alinéa dans les recommandations.

114. Il a été proposé d'inclure au paragraphe 10 b) une expression telle que "les arrangements financiers proposés". Il a également été proposé d'ajouter au paragraphe 10 c) (parmi les coûts à examiner dans les propositions financières) la valeur actuelle des dépenses de maintenance. Étant donné qu'il avait été admis précédemment que l'appui des pouvoirs publics ne se limitait pas à un appui financier, il a été convenu de modifier en conséquence le paragraphe 10 d). Il a en outre été convenu d'ajouter à la recommandation 10 un autre critère concernant l'importance du risque pris en charge par le soumissionnaire.

Soumission, ouverture, comparaison et évaluation des propositions (recommandation 11 et par. 87 à 91)

115. Concernant les paragraphes 89 à 91, on a estimé qu'il importait de maintenir une procédure d'évaluation en deux étapes dans laquelle les critères non financiers seraient pris en considération séparément des critères financiers, et peut-être avant eux, de façon à éviter de donner un poids excessif au critère de prix au détriment des autres critères non financiers. Cet avis a été accueilli favorablement sans toutefois qu'ait été approuvé le système "à deux enveloppes", selon lequel l'autorité contractante devait évaluer les éléments techniques de la proposition sans être influencée par le volet financier de celle-ci.

116. En réponse à une question, il a été précisé que les alinéas a), b) et c) de la recommandation 11 ne devaient pas être lus comme des variantes. Une fois que la non-conformité

d'une proposition avait été établie, il n'était pas prévu que la procédure d'évaluation se poursuive.

117. Un éventuel chevauchement ayant été mentionné, il a été expliqué que la recommandation 8 décrivait les éléments que l'autorité contractante pouvait exiger de voir figurer dans la proposition, alors que la recommandation 11 prévoyait le rejet des propositions incomplètes qui n'avaient pas satisfait à ces exigences.

118. Il a été estimé que les dispositions du paragraphe 87, selon lesquelles les propositions reçues par l'autorité contractante après la date limite de soumission ne devaient pas être ouvertes, étaient trop sévères et qu'une telle situation appelait des dispositions plus détaillées. Il a également été proposé qu'afin de promouvoir la transparence on insère dans le paragraphe 88 une disposition selon laquelle les propositions devraient être ouvertes lors d'une séance publique. En réponse à ces observations, on a considéré qu'il serait peut-être préférable que ces questions soient laissées aux lois régissant la passation des marchés dans le pays concerné.

119. En réponse à une question sur le lien entre le projet de guide législatif et les règles internationales relatives à la passation des marchés, telles que celles figurant dans les accords sur les marchés publics conclus sous les auspices

de l'Organisation mondiale du commerce, il a été expliqué que la question était traitée au chapitre VII intitulé "Droit applicable". Il a été suggéré que le secrétariat demande à l'Organisation mondiale du commerce de faire des commentaires sur le projet de chapitre III du guide législatif.

Négociations finales (recommandation 12 et par. 92 et 93)

120. On a fait observer que, si la recommandation 12 présentait des dispositions concernant les négociations finales entre l'autorité contractante et le soumissionnaire ayant présenté la proposition la plus avantageuse, l'autorité contractante pouvait être amenée à négocier avec un autre soumissionnaire, si le premier soumissionnaire décidait de ne pas accepter le contrat. Il a été suggéré de modifier la recommandation afin qu'il soit tenu compte de cette possibilité. On a également suggéré de remplacer le mot "jugées" à l'alinéa c) par les mots "désignées comme".

Avis d'attribution du projet (recommandation 13 et par. 94)

121. Aucun commentaire n'a été formulé sur la recommandation 13 et le paragraphe 94 des notes.

Négociations directes (recommandations 14 et 15 et par. 95 à 100)

122. Il a été largement admis que les principes de concurrence et de transparence étaient essentiels à la réalisation des objectifs fixés dans le projet de guide législatif et que, dans le cadre des projets d'infrastructure à financement privé, les négociations directes devaient être utilisées dans des circonstances exceptionnelles. Il a toutefois été noté que, dans certains pays, les négociations directes étaient utilisées et qu'assorties de mesures visant à accroître la transparence elles donnaient des résultats satisfaisants. Il a donc été convenu que le paragraphe 98 devrait être remanié afin de rendre plus fidèlement compte de la pratique et des incidences des négociations directes dans la sélection du concessionnaire.

123. Selon un avis, comme la liste des circonstances exceptionnelles autorisant des négociations directes n'était pas exhaustive et posait des problèmes sur lesquels les politiques nationales pouvaient différer, il conviendrait d'inclure cette liste dans les notes, plutôt que dans la recommandation 14. S'agissant des éclaircissements demandés sur les situations d'urgence qui justifieraient des négociations directes (al. a) de la recommandation 14), il a été expliqué que l'interruption de la fourniture des services au public pouvait constituer un exemple. Les raisons de défense nationale, les cas où une seule source était en mesure de fournir le service requis et les raisons impérieuses d'intérêt général ont également été

considérés comme des circonstances dans lesquelles des négociations directes se justifiaient. En ce qui concerne l'alinéa e) de la recommandation 14 (qui autorisait des négociations directes en cas de manque de personnel expérimenté ou d'absence d'une structure administrative adéquate), il a été dit que cette circonstance ne devrait pas justifier le recours à des négociations directes car la procédure de sélection risquerait d'être sujette à des abus. Le recrutement de consultants et de conseillers qui aideraient à sélectionner le concessionnaire a été considéré comme la solution pratique appropriée en l'espèce. Selon un avis contraire toutefois, le manque de personnel expérimenté était pour certains États un problème réel, dont on devait tenir compte au moment d'élaborer des dispositions législatives sur la sélection du concessionnaire. L'avis selon lequel le manque de personnel expérimenté ne devrait pas constituer une exception pouvant être invoquée au cas par cas a été favorablement accueilli.

124. La prudence a été recommandée concernant la recommandation 15, ainsi que les notes figurant au paragraphe 100, selon lesquelles il était permis de changer de méthode de sélection et d'opter pour des négociations directes après qu'une procédure de sélection avec appel à la concurrence avait été engagée. Étant donné qu'un tel changement était sujet à des abus, il a été indiqué que les conditions de ce changement devraient être exprimées de manière plus restrictive et être soumises à certaines exigences de transparence, telles que la publication d'un avis dans la sollicitation initiale de propositions.

Mesures visant à améliorer la transparence dans les négociations directes (recommandation 16 et par. 101 à 107)

125. Il a été suggéré d'inclure dans cette recommandation une disposition selon laquelle une justification écrite serait exigée chaque fois qu'il serait dérogé aux principes de concurrence. Il a également été suggéré d'insérer une disposition selon laquelle l'accord de projet devrait être ouvert à l'inspection du public et d'exiger la publication d'un avis d'attribution du projet. On a fait observer que l'obligation d'établir un procès-verbal de la procédure de sélection, décrite au paragraphe 107, ne figurait pas dans la recommandation. Il a été estimé que l'alinéa g) de la recommandation allait de soi et qu'il pouvait être supprimé.

126. Il a été suggéré d'insister, dans les notes, sur le fait qu'il importait de préserver la confidentialité. Il a également été précisé qu'une fois la procédure d'appel à la concurrence ou les négociations directes terminées et l'information tombée dans le domaine public, l'obligation de confidentialité concernant cette information prendrait fin.

127. Il a été signalé que l'expression "négociations directes" et non "négociations" devait être utilisée invariablement dans cette recommandation et dans les notes correspondantes.

128. On a fait observer qu'il y avait une incohérence entre le titre de la recommandation 16 et son contenu, qui englobait des questions autres que les mesures visant à accroître la transparence, notamment les mesures visant à assurer la confidentialité. Il a par ailleurs été suggéré de modifier la recommandation 16 de la même manière que la recommandation 14, en incluant la liste d'exemples dans les notes. Il a été décidé de supprimer le titre de la recommandation 16 et de laisser cette dernière sous le titre général de "Négociations directes".

129. Selon un avis, il était déconseillé d'inclure au paragraphe 101 une mention selon laquelle, dans certains pays, les lois sur la passation des marchés donnaient pratiquement toute latitude aux autorités contractantes pour conduire les négociations comme elles l'entendaient, car cette mention pouvait être interprétée à tort comme une approbation. Selon un avis contraire, cette mention était une simple description de la pratique et, partant, était acceptable.

Propositions spontanées (recommandations 17 à 20 et par. 108 à 128)

130. On a fait observer qu'un certain nombre de pays n'avaient pas de procédures spéciales pour les propositions spontanées et qu'en conséquence celles-ci y étaient traitées dans le cadre des procédures généralement applicables à l'attribution des projets d'infrastructure publique. Du point de vue de ces pays, la procédure complexe proposée dans la version actuelle du projet de chapitre n'était donc peut-être pas nécessaire. La Commission, toutefois, rappelant les débats de sa trente et unième session¹⁴ a estimé que les propositions spontanées étaient dans l'intérêt des États et qu'il était donc utile de suggérer des procédures pour les traiter afin, d'une part, de les encourager et, d'autre part, de veiller à ce que les projets soient attribués dans les conditions optimales.

131. On a estimé que l'indication, dans la recommandation 17, du fait que les propositions spontanées devaient être traitées conformément aux procédures établies dans la loi (ces procédures étaient proposées et commentées dans les recommandations 18 à 20) renforcerait l'utilité de cette recommandation et la rendrait plus claire.

132. Il a été proposé d'inclure, à un endroit approprié, une recommandation supplémentaire selon laquelle l'autorité contractante serait tenue, après avoir attribué un projet résultant d'une proposition spontanée, de publier un avis d'attribution.

133. S'agissant de l'alinéa b) de la recommandation 20, il a été proposé de préciser que "le résumé des éléments essentiels de la proposition" devant être communiqué à d'autres parties intéressées devrait être limité, dans la mesure du possible, aux éléments de la proposition concernant le "produit" (par exemple la capacité de l'infrastructure, la qualité du produit ou du service, le prix unitaire) et qu'il ne devrait pas inclure, en particulier, d'éléments des "intrants" (par exemple, la conception de l'ouvrage, la technologie et le matériel devant être utilisés). La raison de ces restrictions était qu'il fallait éviter de dévoiler aux concurrents potentiels des informations exclusives détenues par la personne qui avait soumis la proposition.

134. On a noté que l'alinéa b) du paragraphe 125 mentionnait comme incitation possible pour encourager les propositions spontanées une "marge de préférence". Cette méthode qui, a-t-on fait observer, avait son origine dans la passation des marchés de biens, de travaux et de services fonctionnait bien lorsqu'elle était appliquée aux éléments de la proposition concernant le prix, mais était difficile à appliquer aux critères d'évaluation ne portant pas sur le prix. Il a donc été proposé d'envisager de remanier quelque peu le libellé du paragraphe afin de donner des orientations un peu plus précises quant à l'application de cette marge pour les propositions spontanées.

Procédures de recours (recommandation 21 et par. 129 à 133)

135. Il a été proposé d'insister dans les notes, ainsi peut-être que dans la recommandation, sur l'utilité d'un système de recours "avant contrat", c'est-à-dire d'une procédure de recours contre des actes de l'autorité contractante dès la procédure de sélection. Un tel système aurait pour avantage de rendre l'autorité contractante mieux à même de prendre des mesures correctives avant qu'il y ait préjudice et de réduire le nombre de cas où une indemnisation monétaire restait la seule option possible pour réparer un préjudice dû à un acte irrégulier de l'autorité contractante.

Procès-verbal de la procédure de sélection (recommandation 22 et par. 134 à 141)

136. On a estimé que la Commission devrait envisager de remplacer le titre de la recommandation par "Procès-verbal de la procédure de sélection et d'attribution". Il a été suggéré d'aligner la recommandation 22 sur les notes, en particulier pour lui donner la même force que ces dernières.

Chapitre IV. L'accord de projet (A/CN.9/458/Add.5)

Remarques générales

137. Il a été déclaré, à titre d'observation générale, qu'il serait peut-être nécessaire de revoir la relation entre ce projet de chapitre et d'autres parties du guide. On a fait remarquer qu'un certain nombre de questions examinées au chapitre V "Construction et exploitation de l'infrastructure" (A/CN.9/458/Add.6), et au chapitre VI "Achèvement du projet, prorogation et résiliation" (A/CN.9/458/Add.7), portaient sur des points qui étaient généralement traités dans les accords de projet.

138. Il serait possible, a-t-on déclaré, d'améliorer la structure du projet de chapitre en faisant suivre la sous-section B.1, intitulée "Arrangements financiers", des sous-sections B.8 "Durée de l'accord du projet", et B.5 "Statut juridique du concessionnaire", dans cet ordre.

139. Cette proposition n'a suscité aucune objection, mais on a fait observer que la Commission devait, pour élaborer le guide législatif, se pencher sur diverses questions qui étaient traitées différemment, au niveau législatif et contractuel, selon les systèmes juridiques. La Commission a donc été instamment priée d'adopter une approche pragmatique pour la structure générale du guide et de poursuivre l'examen de la teneur des projets de chapitre avant de prendre une décision finale sur leur organisation.

140. Il a été proposé que certaines des recommandations préconisent expressément l'adoption d'une législation permettant d'atteindre les objectifs énoncés dans le chapitre.

141. Selon une opinion, les notes reflétaient certes dûment, et de façon équilibrée, les solutions adoptées dans différents systèmes juridiques, mais le projet de chapitre semblait mettre davantage l'accent sur la nécessité d'attirer des capitaux pour les projets d'infrastructure à financement privé que sur le caractère de service public de la plupart de ces projets.

Conclusion de l'accord de projet (recommandation 1 et par. 5 à 8)

142. La Commission est convenue de remplacer le mot "simplifier" dans la recommandation 1 par le mot "faciliter" ou par un autre mot ayant un sens équivalent.

143. S'agissant de la référence, dans la recommandation 1, à la nécessité d'indiquer à l'avance les bureaux ou organismes compétents pour approuver et signer l'accord de projet, il a été déclaré qu'une telle indication était un élément essentiel du cadre institutionnel pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé dans le pays hôte. Une telle mention dans le projet de chapitre pourrait créer l'impres-

sion, non souhaitable, que lesdits bureaux ou organismes pourraient être indiqués uniquement après l'achèvement de la procédure de sélection du concessionnaire. Il a donc été convenu de transférer la deuxième phrase de la recommandation 1 à un endroit approprié du projet de chapitre premier "Considérations générales sur la législation" (A/CN.9/458/Add.1).

144. Selon une opinion, il était nécessaire de remanier la deuxième phrase du paragraphe 4, afin qu'il soit clair qu'elle avait trait à la législation générale plutôt qu'à une législation spécifique que certains pays devaient peut-être adopter pour certains projets.

145. Il a été déclaré que la dernière phrase du paragraphe 8 devrait être revue afin de préciser de quelle manière l'autorité contractante pouvait indemniser le candidat sélectionné lorsque l'approbation finale de l'accord de projet, si elle était nécessaire, n'était pas donnée.

Arrangements financiers (recommandations 2 et 3 et par. 10 à 21)

146. Il a été admis que l'alinéa a) de la recommandation 2 recouvrait, quant au fond, la recommandation 6 et que les deux recommandations devraient être combinées. Il a aussi été proposé de regrouper dans un seul alinéa les alinéas b) et c) de la recommandation 2.

147. Selon un avis, la dernière phrase du paragraphe 12, qui mentionnait l'importance de veiller à ce que la législation du pays hôte ne limite pas à l'excès la capacité du concessionnaire d'offrir une sûreté adéquate à ses bailleurs de fonds, n'était pas tout à fait compatible, quant au fond, avec les paragraphes 32 à 40, qui évoquaient les obstacles juridiques possibles à la constitution de certains types de sûretés et d'autres dispositions de protection de l'intérêt général. Il a été convenu de supprimer la phrase en question.

148. On a fait observer que le paragraphe 13 mentionnait le rôle joué par les entités à but spécifique ("*special purpose vehicles*") dans les opérations de titrisation. Selon une opinion, le projet de chapitre devrait également comporter une recommandation portant spécifiquement sur cette question. On a fait observer, en réponse à cette suggestion, que la notion de "*special purpose vehicles*" était inconnue dans de nombreux systèmes juridiques et que leur utilisation pour les opérations de titrisation exigeait un cadre juridique approprié dans d'autres domaines du droit. Puisque le projet de chapitre ne pouvait pas traiter cette question de manière exhaustive, il a été proposé de mentionner l'utilité de l'adoption de dispositions facilitant la création de telles entités dans la partie appropriée du chapitre VII "Droit applicable" (A/CN.9/458/Add.8), plutôt que dans le projet de chapitre IV. Selon une autre opinion, la question des opérations de

titrisation était traitée trop en détail au paragraphe 13, qui gagnerait à être raccourci.

149. Il a été noté que le paragraphe 17 décrivait des arrangements selon lesquels l'autorité contractante ou un autre organisme public effectuait directement des paiements au concessionnaire en remplacement ou en sus des droits perçus des usagers. On a fait observer que certains de ces arrangements pourraient comporter une forme de subvention à la société de projet et pourraient donc être incompatibles avec les obligations contractées par le pays hôte en vertu d'accords internationaux sur l'intégration économique régionale ou la libéralisation du commerce.

150. Selon un avis, la description des différentes modalités des accords d'enlèvement figurant aux alinéas a) et b) du paragraphe 20 n'était peut-être pas nécessaire dans le guide, puisque ces modalités étaient de nature essentiellement contractuelle.

151. Il a été convenu de supprimer la troisième phrase du paragraphe 21 qui, a-t-on jugé, n'était pas nécessaire.

Site du projet (recommandation 4 et par. 22 à 27)

152. Aucun commentaire n'a été fait sur la recommandation 4 et les paragraphes 22 à 27 des notes.

Servitudes (recommandation 5 et par. 28 à 31)

153. Il a été convenu que la recommandation 5 devrait être reformulée de manière à y énoncer que le pays hôte voudra peut-être adopter des dispositions législatives facilitant l'acquisition par le concessionnaire des servitudes qui peuvent être nécessaires pour la construction, l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure.

154. On a fait observer que le terme "servitudes" avait un sens étroit dans certains systèmes juridiques et que le pouvoir que la loi conférait au concessionnaire, par exemple de placer des tuyaux ou des câbles électriques sur un terrain appartenant à des tiers, pouvait ne pas être nécessairement considéré comme une servitude. Il a donc été convenu de tenir compte de ce fait dans le paragraphe 29.

Sûretés (recommandation 6 et par. 32 à 40)

155. Il a été proposé de faire référence, dans la recommandation 6, à la constitution de sûretés sur les actions de la société de projet, de manière à tenir compte de ce qui figurait au paragraphe 40.

156. Il a été proposé par ailleurs de reformuler la recommandation 6 de façon à y indiquer les obstacles et limites possibles à la constitution de sûretés, en fonction de la tradition juridique du pays hôte, question examinée aux paragraphes 32 à 40.

157. On a fait observer que les sûretés prises par les prêteurs qui accordaient des crédits pour des projets d'infrastructure à financement privé avaient un rôle essentiellement défensif, ce sur quoi il faudrait insister au paragraphe 32. On a aussi déclaré que les paragraphes 32 à 40 devraient mentionner le fait que les accords de prêt prévoyaient souvent que les revenus des projets d'infrastructure devaient être déposés sur un compte séquestre géré par un administrateur fiduciaire nommé par les prêteurs.

158. On a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, les concessions de service public étaient attribuées au vu des qualifications particulières et de la fiabilité du concessionnaire et n'étaient pas librement transférables. Du fait de ce principe général, toute sûreté donnée aux prêteurs leur permettant de reprendre le projet ne pouvait être permise que dans des circonstances exceptionnelles et à certaines conditions particulières, à savoir les suivantes: l'autorité contractante devait donner son accord; la sûreté devait être accordée uniquement pour faciliter le financement et l'exploitation du projet; et elle ne devait pas avoir d'effets sur les obligations contractées par le concessionnaire. Ces conditions, qui devraient être mentionnées aux paragraphes 32 à 40, découlaient de principes de droit généraux ou de dispositions légales et ne pouvaient être levées par l'autorité contractante par le biais d'arrangements contractuels.

159. Il a été déclaré que la dernière phrase du paragraphe 36, qui évoquait la possibilité de ne pas exiger des approbations spécifiques pour chacun des avoirs pour lesquels une sûreté était constituée, était inappropriée dans le contexte des paragraphes 34 à 36 et devrait être supprimée.

160. Selon un avis, les sûretés sous forme de cessions de créances jouaient un rôle fondamental dans les arrangements financiers relatifs aux projets d'infrastructure, et cette question devrait être développée dans les paragraphes 37 à 39, où il faudrait aussi insister sur l'importance d'un cadre juridique approprié pour la cession des créances commerciales. Il a été convenu d'insérer, à un endroit approprié, la teneur du paragraphe 24 du projet de chapitre VII "Droit applicable" (A/CN.9/458/Add.8).

161. Il a été convenu de supprimer le mot "inutilement" dans la troisième phrase du paragraphe 40.

Statut juridique du concessionnaire (recommandations 7 et 8 et par. 41 à 51)

162. On a fait observer que, lorsque le concessionnaire était tenu en vertu de la législation du pays hôte de se constituer en société, l'autorité contractante pouvait ne pas être habilitée à lever cette exigence sans autorisation législative. Pour des raisons de clarté, il a été convenu que la recommandation 7 devrait être remaniée de façon à bien préciser que la loi

donnait à l'autorité contractante la possibilité, mais non le pouvoir, de lever des obligations légales.

163. Il a été convenu, à des fins de clarté, d'inverser l'ordre des deux premières phrases du paragraphe 46.

164. S'agissant du paragraphe 48, on a fait valoir que l'obligation faite aux entreprises exécutant des projets d'infrastructure d'apporter un montant minimum de fonds propres pourrait être incompatible avec les obligations contractées par le pays hôte en vertu des accords internationaux sur la libéralisation du commerce des services.

Cession de la concession (recommandation 9 et par. 52 à 55)

165. Selon une opinion, la question des sous-concessions, brièvement examinée au paragraphe 55, avait dans certains systèmes juridiques de grandes incidences qui méritaient d'être mentionnées dans le guide. Toutefois, ce sujet était plus étroitement lié à la question des contrats conclus par le cocontractant et devrait, par conséquent, être traité à un endroit approprié du projet de chapitre V "Construction et exploitation de l'infrastructure" (A/CN.9/458/Add.6).

Cessibilité des actions de la société de projet (recommandation 10 et par. 56 à 63)

166. En dehors de suggestions concernant la forme et la terminologie, et le rappel de certaines remarques générales formulées antérieurement, les recommandations et les paragraphes des notes s'y rapportant n'ont pas suscité de commentaires.

Durée de l'accord de projet (recommandation 11 et par. 64 à 67)

167. En réponse à une question relative à l'utilité de la recommandation 11, on a fait observer que l'expérience en matière de concessions d'infrastructures avait montré qu'il était souhaitable d'exiger que de telles concessions aient une durée limitée. Toutefois, la durée maximale n'avait pas nécessairement à être prévue dans la législation.

168. Selon une opinion, la durée des concessions pour les infrastructures soulevait diverses questions de politique générale qu'il faudrait développer dans ce projet de chapitre. Il faudrait par ailleurs ajouter des renvois à des parties subséquentes du guide, telles que le projet de chapitre VI "Achèvement du projet, prorogation et résiliation" (A/CN.9/458/Add.7), qui traitaient d'autres questions liées à ce sujet.

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

Remarques générales

169. À titre d'observation générale, on a proposé de déplacer les sections D à H du projet de chapitre V au chapitre IV intitulé "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5).

Sous-traitance (recommandation 1 et par. 2 à 4)

170. S'agissant de l'alinéa a) de la recommandation 1, on a estimé qu'il ne suffisait pas d'indiquer à l'autorité contractante les noms et qualifications des sous-contractants engagés par le concessionnaire. On a fait observer que l'autorité contractante pouvait avoir un intérêt légitime à examiner tous les principaux contrats négociés par le concessionnaire, et pas seulement ceux qu'il avait conclus avec ses propres actionnaires ou associés. La Commission est convenue de supprimer l'alinéa a) de la recommandation 1 et d' étoffer l'alinéa b) de sorte qu'il couvre tous les principaux contrats conclus par le concessionnaire.

171. On a fait remarquer que, dans certains systèmes juridiques, les entrepreneurs publics n'étaient pas libres de faire appel à des sous-contractants sans l'accord préalable de l'autorité contractante et qu'il existait, dans le cadre de certains accords d'intégration régionale, des règles prescrivant le recours à des procédures spécifiques pour l'attribution de contrats par des concessionnaires de services publics. On s'est inquiété de ce que la recommandation 1 et les notes correspondantes semblaient pencher en faveur d'une liberté totale pour le concessionnaire d'engager des sous-contractants. Il a été suggéré de revoir les notes en conséquence. Il fallait par ailleurs supprimer la quatrième phrase du paragraphe 3 selon laquelle, dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé, il n'existe probablement plus aucun motif impérieux d'intérêt général pour indiquer au concessionnaire la procédure à suivre en vue de l'octroi de contrats.

Projets de construction (recommandation 2 et par. 5 à 17)

172. À titre d'observation générale, on a jugé que l'alinéa b) de la recommandation 2 était trop détaillé et qu'il serait peut-être préférable d'indiquer simplement que l'accord de projet devrait donner à l'autorité contractante le droit d'ordonner une modification des modalités de construction et déterminer l'indemnisation à laquelle le concessionnaire devrait pouvoir prétendre.

173. On a fait observer que le droit de l'autorité contractante d'ordonner une modification, mentionné à l'alinéa b) de la recommandation 2, ne se limitait pas aux modalités de

construction et devrait également concerner les conditions de service.

174. On est convenu d'aligner le libellé de l'alinéa c) de la recommandation 2 sur celui de l'alinéa b).

175. On a fait observer que la nécessité de limiter toute suspension du projet à la durée strictement nécessaire ne se rapportait pas uniquement à l'exercice par l'autorité contractante de ses droits de surveillance. On a donc suggéré de faire de la deuxième phrase de l'alinéa c) de la recommandation 2 une recommandation à part entière.

176. On a fait remarquer que la responsabilité éventuelle de l'autorité contractante pour les défauts découlant de l'inadéquation des plans ou spécifications approuvés pouvait s'étendre au-delà des cas mentionnés dans la deuxième phrase du paragraphe 9, qu'il faudrait étoffer en conséquence.

177. On a estimé que la deuxième phrase du paragraphe 12 devait également indiquer le délai dans lequel le concessionnaire devait effectuer les modifications ordonnées par l'autorité contractante. Il n'était cependant pas souhaitable, selon un avis, de fixer un plafond pour les modifications ordonnées par l'autorité contractante, et la dernière phrase du paragraphe 12 ainsi que la dernière phrase de l'alinéa b) de la recommandation 2 devaient par conséquent être supprimées.

178. Selon une opinion, les deux dernières phrases du paragraphe 13 n'étaient pas claires et devaient être reformulées.

179. On a proposé de supprimer l'expression "dépassant cette durée" de la troisième phrase du paragraphe 14.

180. On a suggéré d'exprimer, à l'alinéa d) de la recommandation 2, l'idée que l'agrément de l'infrastructure ne devrait être refusé que si l'ouvrage se révélait substantiellement incomplet ou défectueux.

181. On est convenu de supprimer la dernière phrase du paragraphe 16, qui risquait de créer une confusion entre les pouvoirs de réglementation et le rôle de l'autorité contractante.

182. Selon une opinion, la signification des termes "approbation finale" et "autorisation finale", concernant l'ouvrage, n'était pas claire et il fallait préciser, dans les paragraphes 5 à 17, qui était responsable de l'agrément des travaux réalisés par le concessionnaire.

Exploitation de l'infrastructure (recommandations 3 à 6 et par. 18 à 46)

183. À titre d'observation générale, on a déclaré que les recommandations 3 à 6 portaient sur des questions réglementaires qui ne seraient pas habituellement traitées dans l'accord de projet, en réponse à quoi il a été noté que les types d'instru-

ments dans lesquels étaient traitées les questions examinées aux paragraphes 18 à 46 différaient en fonction des traditions du pays concerné en matière législative et administrative. Il faudrait donc préciser dans le guide que, lorsque le système juridique ne prévoit pas de réglementer l'exploitation de l'infrastructure par des moyens législatifs, les questions sur lesquelles portent les recommandations 3 à 6 devraient être traitées dans l'accord de projet. On a en outre fait remarquer que les accords de projet complétaient souvent des dispositions réglementaires, de sorte qu'il existait, en pratique, certains chevauchements dont il devrait être tenu compte dans le guide.

184. Il a été suggéré de reformuler le début de la troisième phrase du paragraphe 18 pour mentionner non seulement les pays disposant d'une législation générale sur les concessions, mais également ceux qui prévoient de se doter d'une telle législation.

185. Il a été proposé de modifier la dernière phrase du paragraphe 22 de façon à préciser qu'il ne serait pas simplement souhaitable, mais essentiel, d'exiger que l'accord de projet détermine les circonstances dans lesquelles le concessionnaire peut être contraint de développer ses installations de service ainsi que les méthodes appropriées permettant de financer les dépenses occasionnées par une telle extension. Il a également été proposé d'ajouter, au début du paragraphe, l'expression "dans certains systèmes juridiques".

186. On a fait remarquer que, dans certains systèmes juridiques, l'obligation qu'a le concessionnaire d'assurer la continuité du service public découlait de principes généraux de droit ou de la législation, et qu'il ne serait donc pas possible de prévoir, dans l'accord de projet, quelles circonstances exceptionnelles justifieraient la suspension du service, voire libéreraient le concessionnaire de ses obligations. On a fait observer que la phrase selon laquelle la résiliation de l'accord exigeait en principe le consentement de l'autorité contractante ou une décision judiciaire risquait d'être perçue comme un conseil et devait donc être supprimée ou reformulée. Une autre solution serait d'ajouter l'expression "dans les systèmes juridiques où cela est possible" à la dernière phrase du paragraphe 24.

187. On a dit craindre que les notes ne fassent pas assez clairement ressortir les principes d'égalité et d'universalité du service. Selon un avis, le principe d'égalité de traitement était analogue à celui d'accès aux services publics; selon un autre, ces deux principes étaient distincts. On a cité à titre d'exemple le fait que l'exploitant d'une infrastructure publique puisse être tenu de couvrir certaines régions du pays qui pouvaient ne pas être rentables. On a estimé que, dans ce cas, le concessionnaire devrait avoir un droit direct à compensation ou le droit de mettre fin à la concession. Après que l'on

eut fait remarquer que le paragraphe 37 du projet de chapitre II intitulé “Risques de projet et appui des pouvoirs publics” (A/CN.9/458/Add.3) traitait ce cas de figure, il a été décidé d’inclure un renvoi à cette partie du texte. On a par ailleurs fait observer que, dans certains systèmes, ces principes s’étendaient à l’adaptabilité, en vertu de quoi l’exploitant était tenu d’effectuer des transformations techniques pendant la concession.

188. S’agissant de la recommandation 4, il a été indiqué que ce ne serait pas toujours l’accord de projet qui énoncerait les mécanismes permettant de modifier périodiquement ou exceptionnellement les formules de révision des prix. Dans les pays où ceux-ci seraient définis dans la législation, il pourrait ne pas être possible d’établir des mécanismes de contrôle des prix par convention. En réponse, il a été expliqué qu’il fallait que les dispositions demeurent souples en raison des différences existant entre les mécanismes de réglementation des pays, mais il a été convenu de revoir la recommandation de manière à tenir compte des préoccupations exprimées.

189. On a fait observer que la première phrase du paragraphe 31 était circulaire et devait être reformulée. Il a été estimé qu’au paragraphe 33 le passage sur la révision des tarifs devrait être davantage précisé. Il a été indiqué que la méthode du taux de rendement était principalement utilisée dans les secteurs comportant un élément monopolistique, tels que les télécommunications et la distribution d’électricité, de gaz et d’eau. Pour les secteurs où la demande était élastique, tels que les transports routiers, il se pourrait qu’une révision périodique des prix ne permette pas toujours de maintenir le rendement du concessionnaire à un taux constant. Aussi le paragraphe 34 devrait-il être revu. En réponse à ces remarques, il a été noté que la question de la réglementation des tarifs était très complexe et que le projet de chapitre se contentait d’indiquer les principales méthodes de calcul du taux de rendement en fonction du type d’infrastructure. Il a été reconnu toutefois que les notes étaient succinctes et qu’il faudrait peut-être les développer quelque peu. Il a été estimé que les modifications devraient mettre en évidence la complexité de la question et l’importance que revêtait une demande constante pour assurer la poursuite de l’exploitation de l’ouvrage.

190. On a suggéré d’indiquer, au paragraphe 38, l’impact éventuel des différentes solutions qui y étaient mentionnées sur les décisions d’investissement du secteur privé.

191. Il a été indiqué que le contrôle des résultats du concessionnaire pourrait être effectué par l’organisme de réglementation plutôt que par l’autorité contractante et que l’alinéa b) de la recommandation 5 devrait être modifié en conséquence.

192. On a estimé que, du fait que dans certains systèmes juridiques seul un organe législatif pouvait édicter des règles, la phrase du paragraphe 45 selon laquelle le concessionnaire pourrait être autorisé à édicter des règles régissant l’utilisation de l’ouvrage par le public devrait être modifiée en conséquence. On a fait observer que l’approbation des règles de fonctionnement proposées par le concessionnaire était souvent une question de réglementation relevant des devoirs de l’État. On a estimé qu’il y avait certains principes auxquels le concessionnaire ne devrait pas pouvoir déroger. En outre, les paragraphes 42 à 46 posaient problème concernant la protection des usagers et des consommateurs car le concessionnaire ne devrait pas être habilité à limiter unilatéralement sa responsabilité ou l’étendue de ses obligations générales au regard du service public.

193. Selon une autre opinion, si l’ouvrage avait été construit et appartenait à une personne privée, le propriétaire ou l’exploitant devrait avoir le droit de fixer les conditions d’utilisation dudit ouvrage par d’autres, le plus approprié étant de le faire par voie contractuelle. Il fallait, a-t-on déclaré, être prudent lorsque l’on affirmait que seul l’organisme de réglementation avait un droit d’approbation dans ce cas. Il a également été estimé que le droit d’approbation évoqué à la recommandation 6 devrait se fonder sur des conditions objectives.

194. Il a été généralement admis que le passage concernant le droit du concessionnaire d’édicter des règles régissant l’utilisation de l’ouvrage par le public ne devait pas s’entendre comme un transfert au concessionnaire de pouvoirs d’édicter des règles de droit ou de fonctions relevant intrinsèquement de l’État, bien qu’il ait été reconnu que cette dernière notion évoluait constamment.

195. Il a été convenu de remplacer le mot “discretionnaire” au paragraphe 45 par “arbitraire”.

Garanties de bonne fin et assurance (recommandation 7 et par. 47 à 58)

196. En réponse à une suggestion, on a convenu de modifier le paragraphe 49 de manière à y mentionner le règlement des différends en général plutôt que les procédures d’arbitrage en particulier.

197. Il a été estimé que, si le concessionnaire était autorisé à fixer la somme payable en vertu de la garantie ou de la lettre de crédit “stand-by” à un faible pourcentage du coût du projet, comme cela était indiqué à la fin du paragraphe 52, il faudrait le préciser dans la sollicitation de propositions.

Changements de circonstances (recommandation 8 et par. 59 à 68)

198. On a estimé que le paragraphe 65 devrait indiquer que le soumissionnaire s'efforcera généralement d'inclure dans sa proposition des mécanismes tels qu'un dispositif de protection contre les effets financiers et économiques négatifs d'événements extraordinaires ou imprévus qui n'avaient pas pu être pris en considération lorsque l'accord de projet a été négocié.

199. On a estimé que la dernière phrase du paragraphe 68 devrait être reformulée de manière à faire mieux ressortir les deux points mentionnés. Il serait souhaitable à la fois d'introduire un plafond pour le montant cumulatif des révisions périodiques de l'accord de projet et de fixer le montant de ce plafond.

Clauses exonératoires (recommandation 9 et par. 69 à 79)

200. On a fait observer qu'au paragraphe 72 du texte anglais les mots "*the concessionaire*" devraient être ajoutés au début du dernier membre de la troisième phrase.

201. Selon une opinion, le sens du paragraphe 73 n'était pas totalement clair et une distinction devrait être établie entre l'exonération de responsabilité et l'exonération d'exécution. À cette remarque, on a répondu que le paragraphe 73 avait été libellé en termes assez généraux car certains systèmes juridiques limitaient le droit qu'avaient les parties de prévoir des circonstances exonératoires. Dans de tels systèmes, une circonstance exonératoire produisait des effets juridiques dès qu'elle survenait alors que, dans d'autres, les conclusions préalables, par exemple d'un organe de règlement des différends, étaient nécessaires. Il a été convenu que le paragraphe 73 devait être formulé plus clairement.

Défaillances et recours (recommandations 10 et 11 et par. 80 à 91)

202. On a estimé qu'il faudrait peut-être préciser davantage l'expression "manque gravement" à l'alinéa a) de la recommandation 11. En réponse à cette remarque, il a été indiqué que cette expression recouvrait différents termes spécialisés utilisés dans les législations nationales et qu'elle avait été employée dans d'autres textes élaborés par la Commission.

203. Il a été suggéré de modifier la dernière phrase du paragraphe 84 de sorte qu'elle soit libellée comme suit: "il importe de limiter le droit d'intervention de l'autorité contractante". Il a également été noté que la phrase précédente interrompait le raisonnement exposé dans le paragraphe et devrait être déplacée.

204. Des éclaircissements ont été demandés sur la signification de l'expression "apparemment irrémédiable" au para-

graphe 88 ainsi que sur la dernière phrase du paragraphe 89. Il a été expliqué qu'il pouvait arriver que le concessionnaire se trouve dans l'incapacité totale de fournir ses services; une telle situation serait apparemment irrémédiable et autoriserait l'autorité contractante ou les prêteurs à exercer leur droit d'intervention. Il a été noté que le droit d'intervention ne devrait être exercé que dans un cas extrême.

205. Des précisions ont été demandées concernant le sens de la première phrase du paragraphe 90. Il a été expliqué que, dans plusieurs pays, il avait été nécessaire d'adopter des dispositions législatives autorisant le transfert de la concession à une entité désignée par les prêteurs. Toutefois, rien dans les paragraphes 87 à 91 ne visait à porter atteinte à l'interdiction générale de transférer des concessions de service public, qui existait dans certains systèmes juridiques. Le transfert de la concession à un nouveau concessionnaire en application du droit d'intervention des prêteurs était toujours soumis à l'approbation de l'autorité contractante, condition sur laquelle on pourrait insister au paragraphe 91.

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

Remarques générales

206. À titre d'observation générale, il a été noté que certains aspects des notes relatives aux recommandations devraient être axés plus clairement sur les questions propres aux projets d'infrastructure à financement privé. En outre, l'expiration de la période de concession et une résiliation anticipée pourraient ne pas avoir les mêmes conséquences juridiques sur des questions telles que le paiement d'actifs transférés à l'autorité contractante, et cet aspect devrait être traité dans les notes. Il a été proposé que, lorsque cette question serait examinée, on établisse une distinction, dans le projet de chapitre, entre les cas suivants:

a) Résiliation suivant des faits constituant un empêchement, dans la mesure où le concessionnaire n'a pas accepté d'assumer le risque relatif à ces faits. Dans ce cas, l'indemnisation du concessionnaire devrait comprendre le remboursement de l'investissement effectué, à moins qu'il n'ait déjà été recouvré grâce aux recettes du projet (y compris toute subvention ou toute autre aide reçue de l'autorité contractante ou des pouvoirs publics), et les coûts imputables à la résiliation. Cette indemnisation correspondrait normalement au montant combiné des fonds propres investis et de l'encours de la dette, à l'exclusion du manque à gagner;

b) Résiliation due à des actes de l'autorité contractante ou des pouvoirs publics. L'indemnisation serait dans un tel cas similaire à celle du cas précédent, mais pourrait inclure un certain dédommagement pour le manque à gagner;

c) Résiliation au gré de l'autorité contractante. L'indemnisation dans ce cas serait similaire à celle prévue à l'alinéa a) ci-dessus, mais comprendrait normalement un dédommagement pour manque à gagner;

d) Résiliation due à une contravention de l'autorité contractante. L'indemnisation du concessionnaire serait alors similaire à celle qui est prévue à l'alinéa c) ci-dessus;

e) Résiliation due à une contravention du concessionnaire. Dans ce cas, les prêteurs devraient normalement accepter de prendre en charge une partie du risque, et l'indemnisation du concessionnaire comprendrait le paiement de la valeur résiduelle des actifs, compte tenu du montant des investissements non recouverts effectués par le concessionnaire, à moins que l'autorité contractante ne puisse démontrer que ces actifs avaient une valeur marchande inférieure. L'autorité contractante pourrait également demander des dommages-intérêts au concessionnaire, même si l'on ne pouvait vraiment espérer qu'une société de projet constituée spécialement pour exécuter le projet aurait les moyens financiers d'honorer une telle demande; et

f) Expiration normale de l'accord de projet. Dans ce cas, tous les actifs devraient être retournés gratuitement à l'autorité contractante, à l'exception des actifs qui n'avaient pas été prévus dans les estimations relatives à l'investissement initial du concessionnaire, mais que le concessionnaire avait été tenu de construire ou d'acquérir comme suite à des demandes ultérieures de l'autorité contractante.

207. La Commission a estimé que l'analyse proposée, qui se fondait sur des éléments figurant déjà dans le projet de chapitre, constituait une base utile pour son examen de cette question. Toutefois, plusieurs questions ont été posées concernant la justification des distinctions effectuées entre les différentes catégories de résiliation et les normes d'indemnisation proposées pour chaque catégorie.

208. Pour ce qui est du libellé des recommandations, la Commission est convenue que leur sens serait sans doute plus clair si elles étaient rédigées de manière à énoncer le principe général exprimé dans chacune des recommandations, accompagné, le cas échéant, des exceptions à ce principe.

209. Il a été proposé de transférer au projet de chapitre à l'examen la sous-section B.8 du projet de chapitre IV, "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5), qui traitait de la durée de la période de concession.

210. Selon un avis, le mot "amortissement", qui était parfois utilisé dans le projet de chapitre, avait un sens technique dans la pratique comptable et il serait préférable de faire référence, le cas échéant, au recouvrement de l'investissement (voir aussi ci-après, par. 246).

Prorogation de l'accord de projet (recommandation 1 et par. 2 à 4)

211. Il a été convenu que le libellé de la recommandation 1 et des notes s'y rapportant, en particulier les références aux circonstances exonératoires, devrait être aligné sur les termes utilisés dans les précédents chapitres du guide.

212. Selon un avis, la recommandation 1 semblait par trop restrictive, car elle donnait à entendre que les concessions ne pouvaient être octroyées que pour une période donnée. Il a été répondu que les concessions d'infrastructure comportaient souvent un aspect monopolistique et qu'un régime d'octroi excessivement généreux risquerait de ne pas être conforme aux lois et politiques relatives à la concurrence dans un certain nombre de pays. Des règles claires en la matière étaient également nécessaires pour assurer la transparence et protéger l'intérêt général. Ainsi, il était bon de considérer la possibilité de proroger la période de concession comme une mesure à ne prendre que dans des circonstances clairement définies par la loi. Les mots "circonstances exceptionnelles", à ce propos, ont été considérés comme vagues et susceptibles d'interprétations différentes selon les systèmes juridiques et ils devraient donc être évités.

213. On a noté que la prorogation de la concession pouvait être utile en tant que mécanisme permettant d'offrir au concessionnaire un délai supplémentaire pour recouvrer son investissement, lorsque celui-ci avait subi des pertes dues à des circonstances indépendantes de sa volonté. Toutefois, le fait de n'offrir cette possibilité que dans le cas où le concessionnaire avait droit à un dédommagement de la part de l'autorité contractante risquerait d'être mal interprété. On pouvait rencontrer dans la pratique des cas où, même sans qu'existe un tel droit, il pourrait être bon pour l'intérêt général de proroger la période de concession, afin de permettre l'achèvement du projet. En outre, le libellé actuel des alinéas a) et b) de la recommandation 1 semblait donner à entendre qu'il devrait y avoir des normes différentes de dédommagement pour les deux cas envisagés, ce qui n'a pas été jugé entièrement conforme au texte des notes s'y rapportant. Il a été jugé dans l'ensemble que ces alinéas a) et b) devraient être modifiés, de manière à faire référence aux circonstances dans lesquelles une prorogation était justifiable, sans que soit mentionnée la notion de dédommagement.

214. En réponse à une suggestion selon laquelle les alinéas a) et b) de la recommandation 1 devraient être fusionnés, il a été noté que, dans la révision des recommandations, il serait souhaitable d'éviter toute confusion quant aux différentes situations pouvant entraîner une interruption de l'exécution du projet. Il s'agissait d'actes des parties à l'accord de projet, d'actes de tiers (tels que des organismes publics du pays hôte, autres que l'autorité contractante), et de faits indépendants

de la volonté de l'une ou l'autre partie. Il faudrait s'attacher à éviter de donner à entendre qu'une prorogation de la période de concession serait possible, même lorsqu'elle serait la conséquence d'une situation imputable au concessionnaire.

215. Selon un avis, la référence à la suspension du projet semblait donner à entendre qu'une prorogation de la période de concession ne serait possible que lorsqu'une décision de suspension du projet aurait été prise. La recommandation devrait donc aussi mentionner les retards dans l'exécution du projet.

Résiliation par l'autorité contractante (recommandations 2 et 3 et par. 5 à 23)

216. À titre d'observation générale, la Commission a été instamment priée d'aborder avec circonspection la question de l'indemnisation en cas de résiliation par l'autorité contractante, car il s'agissait là d'un sujet prêtant à controverse dans de nombreux pays. Le projet de chapitre pouvait certes indiquer les normes appliquées dans la pratique à cet égard, mais il n'était peut-être pas souhaitable de tenter de formuler des recommandations précises sur ce que devraient être de telles normes dans les divers cas de figure examinés dans le projet de chapitre.

217. Selon une opinion, la Commission devrait examiner avec soin l'opportunité de mentionner la résiliation au gré de l'autorité contractante, comme cela était le cas à l'alinéa c) de la recommandation 2 et aux paragraphes 22 et 23 des notes correspondantes. Ce type de résiliation accroissait le risque auquel étaient exposés les investisseurs potentiels, ce qui pourrait augmenter le coût du financement d'un projet. On a fait observer, en réponse à cet argument, que dans certains systèmes juridiques la possibilité de résiliation unilatérale de la concession par l'autorité contractante était un principe fondamental du droit régissant les contrats publics. L'autorité contractante pouvait certes résilier l'accord de projet même en l'absence d'une décision définitive d'un organe de règlement des conflits (contrairement à ce qui était indiqué au paragraphe 9 des notes), mais cela ne signifiait pas que le concessionnaire n'était pas à l'abri d'actes arbitraires de l'autorité contractante, puisque ces derniers étaient généralement soumis à un contrôle judiciaire et qu'en cas de résiliation unilatérale le concessionnaire avait droit à une réparation intégrale. La Commission est convenue, cependant, que la troisième phrase du paragraphe 7 pouvait donner à penser que l'on encourageait l'exercice par l'autorité contractante de ses droits de résiliation unilatérale et qu'elle devait donc être supprimée.

218. La Commission a pris note des divers points de vue exprimés concernant l'emploi des mots "dédommagements équitables" à l'alinéa c) de la recommandation 2 et des termes

qui pourraient être employés pour les remplacer. Selon une opinion, cette expression était ambiguë, puisque les diverses parties concernées pouvaient l'interpréter différemment, et il serait peut-être préférable de parler simplement d'"indemnisation". Selon un autre avis, malgré une ambiguïté apparente, l'expression était utile dans la mesure où elle indiquait que l'indemnisation due au concessionnaire devait être équitable et ne pouvait pas être fixée unilatéralement et arbitrairement par l'autorité contractante. Selon un autre avis encore, l'emploi des termes "réparation intégrale" refléterait mieux la pratique de certains systèmes juridiques. On a toutefois fait valoir, à l'encontre de cette proposition, que ces termes, qui impliquaient une indemnisation sur la base de la pleine valeur marchande, ne permettaient pas la souplesse nécessaire pour la question à l'examen.

219. Il a été rappelé à la Commission que la norme pour ce qui est de l'indemnisation en cas de résiliation au gré de l'autorité contractante était une question délicate dans un certain nombre de pays car s'y attachaient des considérations analogues à celles qui s'appliquaient à la norme pour l'indemnisation en cas d'expropriation ou de nationalisation. Il faudrait tenir compte, dans le libellé employé dans le guide, des divers principes directeurs généraux formulés sur la question, y compris ceux qui figuraient dans les résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies.

220. S'agissant du paragraphe 13 des notes, il a été proposé d'indiquer dans le texte que l'autorité contractante adresse une notification au concessionnaire lorsqu'il était avéré que ce dernier avait gravement manqué à ses obligations. Il a aussi été proposé de pondérer la référence au droit de substitution des prêteurs en ajoutant des termes tels que "lorsqu'il existe".

221. Il a été convenu que le projet de chapitre devrait établir une distinction plus claire entre la substitution au concessionnaire d'une nouvelle entité désignée par les prêteurs et la possibilité donnée à ces derniers d'engager temporairement un tiers pour remédier aux conséquences de la défaillance du concessionnaire, mentionnée à l'alinéa b) de la recommandation 3. En outre, les recommandations et les notes s'y rapportant devraient mentionner qu'une telle substitution ou un tel engagement, selon le cas, exigent normalement le consentement de l'autorité contractante.

222. Il a été estimé que le paragraphe 14 devrait être revu, car les cas mentionnés aux alinéas a) à c) ne constituaient pas tous des conditions à l'entrée en vigueur de l'accord de projet.

223. On a estimé que les termes "prévues dans l'accord de projet" à l'alinéa c) du paragraphe 16 étaient incompatibles avec la mention, dans la même phrase, des obligations légales et que ces termes devraient donc être supprimés.

224. Les motifs de résiliation mentionnés à l'alinéa d) du paragraphe 18 des notes semblaient, a-t-on estimé, recouper les cas indiqués à l'alinéa a) du même paragraphe. Les deux alinéas devraient donc être réunis.

225. Il a été proposé, à des fins de clarté, de reformuler la deuxième phrase du paragraphe 19 de la manière suivante: "Dans ces cas, il peut être souhaitable de concevoir des mécanismes efficaces de lutte contre la corruption active et passive et de donner au concessionnaire la possibilité de porter plainte pour demande de versements illégaux ou menaces illégales par des fonctionnaires du pays hôte."

226. Il a été convenu qu'il conviendrait d'aligner le libellé de l'alinéa c) de la recommandation 2 sur celui de son alinéa b).

227. Selon une opinion, les termes "situations exceptionnelles" dans la cinquième phrase du paragraphe 23 étaient trop vagues et il a donc été proposé de les remplacer par les termes "aux cas dans lesquels" qui seraient placés avant "une raison impérative d'intérêt général", qu'il faudrait faire suivre des mots "au sens restreint du terme".

Résiliation par le concessionnaire (recommandation 4 et par. 24 à 29)

228. On a fait observer que la notion de résiliation unilatérale par le concessionnaire était inconnue dans certains systèmes juridiques. Dans ces systèmes, le concessionnaire aurait uniquement la possibilité de demander à un tiers, tel que le tribunal compétent, de déclarer l'accord de projet résilié dans des circonstances exceptionnelles. On a fait observer, en réponse à cette observation, que de telles restrictions n'étaient pas universellement reconnues et que, dans la pratique, les investisseurs potentiels pourraient être réticents à investir dans des projets d'infrastructure dans les juridictions qui limitaient leur possibilité de résilier l'accord de projet dans des situations telles que celles qui étaient mentionnées dans la recommandation 4. On a fait observer que, dans les cas décrits aux alinéas a) et b) du paragraphe 4, le concessionnaire ou les investisseurs voudraient avoir le droit de racheter les parts de la partie défaillante. On a fait valoir que, puisqu'une telle option serait intéressante pour les investisseurs étrangers, il fallait la mentionner dans les notes se rapportant à la recommandation 4. En tout état de cause, il a été déclaré qu'il ne serait pas souhaitable d'inclure dans cette recommandation une référence à l'exigence d'une décision judiciaire, qui n'existait pas dans de nombreux systèmes juridiques.

229. Ayant pris en considération les diverses vues exprimées, la Commission a convenu qu'il fallait conserver la teneur de la recommandation 4; toutefois, le chapeau devrait être reformulé de manière à indiquer plus clairement que le

concessionnaire ne pouvait résilier le contrat que dans des circonstances exceptionnelles. En outre, il a été convenu que le paragraphe 24 des notes se rapportant à la recommandation 4 devrait indiquer que, dans certains systèmes juridiques, le concessionnaire n'avait pas le droit de résilier l'accord de projet unilatéralement, mais uniquement de demander à un tiers, tel que le tribunal compétent, de déclarer cette résiliation.

230. On a fait observer que l'alinéa a) de la recommandation 4, qui concernait le cas de défaillance grave de l'autorité contractante ou d'un autre organisme public, ne donnait pas d'exemple contrairement à la recommandation 3 qui portait sur la défaillance du concessionnaire. Il a été proposé d'inclure des exemples appropriés dans les notes se rapportant à la recommandation 4.

231. En réponse à une question concernant la mention du cas de défaillance grave d'organismes publics autres que l'autorité contractante, il a été expliqué que le type de défaillance dont il était question à l'alinéa a) de la recommandation 4 n'était pas seulement le manquement par l'autorité contractante à son obligation de paiement ou à d'autres obligations prévues dans l'accord de projet, mais également le manquement par d'autres organismes publics à leurs obligations à l'égard du concessionnaire, comme l'engagement de fournir à ce dernier certaines formes d'appui.

232. Il a été proposé d'ajouter dans la première phrase du paragraphe 25 l'adjectif "substantielle" afin de préciser qu'une partie pouvait refuser de s'acquitter de ses obligations uniquement en cas de manquement substantiel par l'autre partie. Selon une autre opinion, il serait plus approprié de parler dans cette phrase de "certains types de" manquement dans la mesure où tout manquement n'entraînerait pas le droit de refuser l'exécution.

233. Selon un avis, il était nécessaire de développer le paragraphe 25 afin de préciser les procédures juridiques régissant la résiliation des contrats qui y étaient mentionnées, telles que l'exigence dans certains pays d'une décision judiciaire pour justifier la résiliation par le concessionnaire. Dans ces systèmes, le concessionnaire ne pourrait pas invoquer un manquement de la part de l'autorité contractante pour justifier l'inexécution de ses obligations comme cela était indiqué dans les notes. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, les notes tenaient déjà compte, de manière équilibrée, des règles pertinentes de divers systèmes juridiques à cet égard et le paragraphe 25 pouvait être conservé en l'état.

Résiliation par l'une ou l'autre partie (recommandation 5 et par. 30 et 31)

234. De l'avis d'un intervenant, l'alinéa a) de la recommandation 5 était redondant et devait être rattaché à l'alinéa b)

de la recommandation 4. On a répondu que l'alinéa a) de la recommandation 5 traitait des empêchements exonérateurs pouvant jouer en faveur de l'une ou l'autre partie, tandis que l'alinéa b) de la recommandation 4 concernait les changements imprévus des conditions, qui ne donnent le droit de résilier l'accord de projet qu'au seul concessionnaire.

235. On s'est interrogé sur la nécessité d'inclure une recommandation sur la possibilité, pour les parties, de résilier l'accord de projet par consentement mutuel, comme il est prévu au paragraphe 31. On a noté à ce sujet qu'il se pouvait que dans certains systèmes juridiques l'autorité contractante n'ait pas le pouvoir de prendre une décision qui reviendrait à interrompre des services sans l'approbation des autorités publiques compétentes.

Transfert d'actifs à l'autorité contractante (recommandation 6 et par. 33 à 35)

236. On a suggéré de reformuler le paragraphe 33 et d'évoquer, dans les notes portant sur le transfert d'actifs associés au projet, les actifs construits par le concessionnaire. On a fait observer que les actifs incorporels ne semblaient pas être pris en compte dans ces notes.

237. On a noté que les recommandations 6 et 7 ne faisaient pas la différence entre l'expiration de la concession à la fin de la période prévue dans l'accord et la résiliation de l'accord avant la fin de cette période. On a avancé que cette différenciation était nécessaire parce que le concessionnaire n'aurait pas droit à indemnisation dans les deux cas, contrairement à ce qui ressortait des recommandations 6 et 7. Selon un autre avis, ces recommandations indiquaient assez clairement ce qu'il devait advenir des actifs du projet au terme de la concession, quelle que soit la façon dont elle prenait fin.

238. On a fait remarquer qu'il était question d'achat contre paiement à une juste valeur marchande dans la recommandation 6 mais de transfert moyennant une indemnisation appropriée dans la recommandation 7, et qu'il faudrait utiliser des termes cohérents.

239. On a fait observer que, même lorsque le concessionnaire était supposé poursuivre l'exploitation de l'ouvrage, il se pouvait que l'autorité contractante souhaite devenir propriétaire des actifs du projet. On a donc suggéré de revoir l'alinéa a) du paragraphe 35 en conséquence. On a proposé de supprimer, à l'avant-dernière phrase de l'alinéa b) du paragraphe 35, le terme "s'attendre à". On a par ailleurs jugé que la référence à des actifs dont on s'attendait à ce qu'ils soient entièrement amortis et pour lesquels il pourrait n'être payé qu'un prix nominal n'était pas claire et devait être revue.

240. On a estimé qu'à la dernière phrase de l'alinéa b) du paragraphe 35, le terme "rétention" avait un sens trop étroit,

les pouvoirs publics pouvant souhaiter acquérir une sûreté réelle sans conserver les actifs. On a également jugé qu'il était nécessaire, à l'alinéa c) du paragraphe 35, de renvoyer aux alinéas a) et b) de ce même paragraphe; ainsi, les actifs demeurant la propriété privée du concessionnaire seraient ceux qui n'auraient pas à être transférés à l'autorité contractante en vertu de l'alinéa a) du paragraphe 35 ni ne pourraient être acquis par elle, à son gré, en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 35.

Transfert d'actifs à un nouveau concessionnaire (recommandation 7 et par. 36)

241. On a proposé de supprimer dans la dernière phrase du paragraphe 36 les mots "pendant la vie du projet". On a fait observer que la première phrase de l'alinéa b) de ce paragraphe n'était pas claire et qu'il fallait expliquer la relation entre la valeur résiduelle et les modalités de financement choisies par le concessionnaire.

242. Il a été suggéré de préciser le sens de l'avant-dernière phrase du paragraphe 37 en indiquant que les actifs devaient être remis à l'autorité contractante dans des conditions qui permettraient à l'infrastructure de fonctionner normalement, compte tenu des besoins du service.

Arrangements financiers lors de la résiliation (recommandation 8 et par. 39 à 45)

243. On a relevé que, dans la recommandation 8, le manque à gagner était pris en compte pour le calcul de l'indemnisation du concessionnaire en vertu de l'alinéa b) mais non en vertu de l'alinéa c). On a estimé qu'une cohérence était nécessaire, tant dans les deux alinéas de cette recommandation que dans les notes correspondantes. On a fait remarquer qu'une recommandation de tenir compte du manque à gagner pour calculer l'indemnisation du concessionnaire serait appréciée par les investisseurs.

244. On a fait observer que les paragraphes 37 et 38 non plus ne faisaient pas de distinction entre l'expiration de l'accord de projet et la résiliation anticipée, comme cela avait été indiqué précédemment. Par exemple, le droit qu'avait l'autorité contractante de recevoir les actifs en bonne condition de fonctionnement, dont il était question au paragraphe 37, ne serait pas nécessairement applicable en cas de résiliation anticipée.

245. Selon un avis, le terme "négociation" employé dans la dernière phrase du paragraphe 39 ne reflétait pas exactement la manière dont étaient véritablement conclus les accords d'indemnisation. Lorsque l'autorité contractante avait recours à des procédures structurées d'appel à la concurrence pour sélectionner le concessionnaire, il arrivait souvent que les règles d'indemnisation soient fixées à l'avance dans le projet

d'accord joint à la sollicitation de propositions. On a également fait observer que le paragraphe 39 b) n'indiquait pas que la notion de coût de remplacement pouvait être utilisée pour établir la valeur de l'ouvrage inachevé.

246. Il a été indiqué que l'emploi du terme "amortissement" au paragraphe 39 posait problème. Selon une des interprétations proposées, le terme, tel qu'il était employé dans le guide, désignait seulement le recouvrement de l'investissement; étant donné que les investissements destinés aux infrastructures à financement privé se composaient généralement à la fois d'une prise de participation et de dettes, l'amortissement des intérêts de la dette était déjà compris dans cette interprétation. Selon un avis, la définition du terme "amortissement", qui était donnée à la dernière phrase du paragraphe 39, apparaissait trop tard dans le projet de chapitre et il a été suggéré de la déplacer, de manière à la faire apparaître plus tôt, à l'endroit où ce terme était utilisé pour la première fois.

247. Il a été indiqué qu'au paragraphe 41 b), le concessionnaire quittant le projet pourrait être celui qui soumettrait une offre pour les actifs du projet en question. On a également fait observer que le mot "offerts" pourrait être interprété comme signifiant que les actifs du projet seraient cédés gratuitement. Il a été estimé que la possibilité pour l'autorité contractante d'acquérir les actifs, même si elle n'était pas prévue dans l'accord de projet, pouvait donner lieu à des abus de pouvoir et que, de ce fait, le passage faisant référence à cette idée devait être supprimé.

248. Selon un commentaire, la méthode de calcul de l'indemnisation décrite au paragraphe 42 était inexacte, il ne serait pas approprié de baser le calcul uniquement sur les recettes réalisées par le concessionnaire pendant les exercices précédents car, surtout en cas de résiliation anticipée, le projet pourrait ne pas encore avoir été rentabilisé. Le même commentaire a été formulé à propos de la deuxième phrase du paragraphe 45 b).

249. Il a été noté que la dernière phrase du paragraphe 45 a) indiquait que, dans la pratique contractuelle de certains pays, les organismes publics n'étaient assujettis à aucune obligation d'indemniser le concessionnaire pour manque à gagner lorsqu'un grand contrat de travaux était résilié au gré de l'autorité contractante. Il a été estimé toutefois qu'une telle pratique contractuelle n'était pas louable et que la dernière phrase du paragraphe 45 a) devait être supprimée.

**Mesures de liquidation et mesures transitoires
(recommandation 9 et par. 46 à 58)**

250. À titre d'observation générale, il a été estimé que les paragraphes 46 à 58 devraient indiquer plus clairement que les mesures de liquidation et les mesures transitoires évo-

quées pouvaient intervenir de nombreuses années après l'achèvement des travaux de construction, ce qui n'était pas le cas des mesures similaires prises en rapport avec les contrats de construction d'installations industrielles. Il a également été estimé que la question traitée dans ces paragraphes, qui comportait plusieurs aspects contractuels, ne se posait pas uniquement au moment du transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante et que, de ce fait, elle devait être incorporée au chapitre IV, "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5).

251. On a fait observer que les mesures de liquidation et les mesures transitoires mentionnées aux paragraphes 46 à 58 seraient généralement pertinentes en cas d'expiration normale de la concession. Dans la pratique, il pourrait être difficile d'appliquer les dispositions contractuelles régissant ces questions si l'accord de projet était résilié par l'autorité contractante contre le gré du concessionnaire.

252. S'agissant des paragraphes 47 à 51, il a été estimé que les obligations concernant le transfert de technologie ne pouvaient pas être imposées unilatéralement au concessionnaire et que, dans la pratique, ces questions faisaient l'objet de longues négociations entre les parties concernées. Le pays hôte avait certes un intérêt légitime à accéder aux technologies nécessaires pour exploiter l'ouvrage, mais il fallait tenir dûment compte des stratégies et intérêts commerciaux des investisseurs privés.

253. On a fait observer que le concessionnaire pourrait ne pas être à même d'appliquer certaines des mesures transitoires mentionnées aux paragraphes 46 à 58 car, dans la plupart des cas, le concessionnaire aurait été constitué dans le seul but de mener à bien le projet et devrait acheter les technologies ou pièces détachées nécessaires à des tiers.

**Chapitre VII. Droit applicable
(A/CN.9/458/Add.8)**

Remarques générales

254. La Commission a noté que les sections A et B du projet de chapitre VII étaient nouvelles, mais que la teneur des sections C et D était reprise d'une version antérieure du projet de chapitre premier, "Considérations générales sur la législation" (A/CN.9/444/Add.2). Elle a été informée qu'après un débat approfondi sur la question lors de sa trente et unième session¹⁵, les sections traitant de l'impact que peuvent avoir d'autres domaines du droit sur le succès des projets d'infrastructure à financement privé avaient été considérablement augmentées.

255. On a exprimé la crainte que ce projet de chapitre ne soit trop ambitieux. Si l'on a reconnu que divers autres domaines du droit influeraient effectivement sur la conception et l'exécu-

tion des projets d'infrastructure à financement privé, on a estimé toutefois que les sections C et D portaient sur des questions quelque peu périphériques par rapport aux questions centrales examinées dans le guide. Il serait difficile, dans le cadre de ce projet de chapitre, de mentionner tous les domaines du droit pertinents ou d'examiner l'un quelconque d'entre eux avec précision et concision. Il a donc été proposé de résumer les dispositions du projet de chapitre VII et de les réincorporer au projet de chapitre premier.

256. Selon une autre opinion, ce projet de chapitre constituait l'une des parties les plus importantes du guide car il présentait les questions fondamentales du régime juridique interne qui auraient des répercussions directes sur les chances d'investissement dans les projets d'infrastructure à financement privé. On a fait remarquer que les points examinés dans les sections C et D étaient essentiels pour informer les gouvernements de la nécessité d'une réforme législative et de la complexité de ce type de projets. On pouvait craindre qu'une fois le contenu du projet de chapitre fusionné avec une autre partie du projet du guide, on n'en discerne plus l'importance. Il a donc été convenu de conserver le projet de chapitre VII et le débat a ensuite porté sur le choix d'un titre approprié.

257. Selon une opinion, le titre "Droit applicable" prêtait à confusion dans la mesure où la totalité du guide portait sur le droit applicable au projet. Selon une opinion contraire, il reflétait bien le contenu du projet de chapitre, à savoir les lois qui régiraient les projets d'infrastructure à financement privé. Selon une autre opinion encore, le titre donnait à penser que le chapitre était limité aux questions de choix de la loi applicable ou de droit international privé. Les titres "Droit applicable aux risques du projet" et "Sécurité juridique nécessaire pour l'investissement privé dans les infrastructures" ont été proposés à la Commission pour examen.

Droit applicable à l'accord de projet (recommandation 1 et par. 4 et 5)

258. Des doutes ont été exprimés concernant l'objet et l'utilité de la recommandation 1. On a noté que, selon toute probabilité, aucun gouvernement n'avait promulgué des dispositions indiquant toutes les dispositions législatives applicables, ni ne serait en mesure de le faire. En outre, on a fait observer que, dans la mesure où le régime juridique du pays hôte régirait l'accord de projet, il ne serait pas nécessaire de préciser laquelle des lois s'appliquerait. Par ailleurs, le concessionnaire et ses prêteurs demanderaient, avant de signer un accord de projet, des avis juridiques qui indiqueraient les dispositions législatives applicables.

259. En réponse à ces remarques, on a fait observer qu'il ne s'agissait pas, dans la recommandation 1, de laisser entendre

que le pays hôte devait énumérer toutes les lois concernant de près ou de loin les projets d'infrastructure à financement privé. Un pays souhaitant adopter une législation sur ce type de projets pouvait désirer traiter les questions examinées dans les projets de chapitres précédents du guide dans plus d'un instrument législatif. Un pays hôte pourrait aussi adopter une législation portant uniquement sur certaines questions qui n'étaient pas encore traitées de manière satisfaisante dans les lois et les textes réglementaires existants. Par exemple, la législation générale sur les projets d'infrastructure à financement privé pouvait ne pas prévoir tous les détails des procédures de sélection du concessionnaire, mais faire uniquement référence, selon qu'il convenait, à la législation existante sur l'adjudication des contrats publics. De même, lorsqu'ils adoptaient une législation sur les projets d'infrastructure à financement privé, les pays hôtes pouvaient avoir besoin d'abroger certaines lois et réglementations qui, de l'avis de leurs organes législatifs, entravaient l'exécution. À des fins de clarté, la recommandation 1 invitait le pays hôte à énoncer, selon qu'il convenait, les principaux textes législatifs ou réglementaires régissant l'accord de projet et ceux dont l'application était exclue.

260. Après prise en considération des diverses vues exprimées, il a été généralement estimé qu'il serait certes utile d'inclure les explications concernant l'objet de la recommandation dans les notes correspondantes, mais que la recommandation elle-même devrait être considérablement remaniée. Il a été proposé de la remplacer par une disposition telle que: "Le pays hôte voudra peut-être disposer que le droit applicable à l'accord de projet est, à moins de dispositions contraires, le droit du pays hôte".

261. On a exprimé la crainte, toutefois, que la formulation proposée ne donne lieu à différentes interprétations. Le texte pourrait ainsi laisser penser que l'autorité contractante devrait, avant de convenir d'un droit applicable à l'accord de projet autre que celui du pays hôte, obtenir une autorisation du législateur. On pourrait penser aussi que la recommandation 1, tout en reconnaissant de manière générale que les lois du pays hôte s'appliquaient à l'accord de projet, indiquait que l'autorité contractante devrait être habilitée à exclure l'application de certains domaines du droit ou de certaines lois. Enfin, le libellé proposé pourrait donner à penser que le droit applicable serait celui du pays hôte, sauf si les règles applicables du droit international privé imposaient l'application du droit d'une autre juridiction. Ces interprétations pourraient susciter de nombreuses craintes, en particulier dans les systèmes juridiques qui n'habilitaient pas les organismes publics à convenir de l'application à leurs contrats d'un droit étranger ou dont les règles de droit international privé imposaient l'application du droit interne aux contrats publics.

262. La Commission a pris note de ces préoccupations. Toutefois, il a été généralement estimé que le nouveau libellé proposé (voir ci-dessus, par. 260) traduisait plus clairement que le texte actuel l'objet du projet de chapitre. On a certes reconnu que l'objectif premier du projet de chapitre VII n'était pas d'examiner les questions de choix de la loi applicable ou de droit international privé, mais la recommandation devrait être formulée, a-t-on estimé, d'une manière qui confirme le principe de la liberté contractuelle. Dans certaines circonstances, les pouvoirs publics devraient avoir la faculté de choisir comme droit applicable le droit d'un autre État et pourraient en user. Il faudrait faire ressortir dans les notes les obstacles juridiques pouvant entraver l'application de ce principe dans certains systèmes juridiques.

263. On a estimé qu'il faudrait, par souci de prudence, ajouter au paragraphe 5 une explication selon laquelle, si le pays hôte décidait d'énumérer dans son droit les textes législatifs et réglementaires s'appliquant directement aux projets d'infrastructure à financement privé, il devrait préciser qu'une telle liste n'était pas exhaustive. Selon une opinion, l'endroit le plus adéquat où l'insérer serait un document non législatif, tel qu'une brochure promotionnelle, plutôt que des dispositions législatives.

Droit applicable aux contrats conclus par le concessionnaire (recommandation 2 et par. 6 à 8)

264. On a demandé si la recommandation 2 (portant sur la faculté de choisir le droit applicable aux contrats) et les paragraphes 6 à 8 correspondants couvraient également, par exemple, les garanties et assurances fournies par les pouvoirs publics, l'engagement pris par un organisme public d'acheter de l'électricité ou de fournir du carburant et les contrats passés entre le concessionnaire et les prêteurs locaux. On a répondu que la faculté de choisir le droit applicable aux contrats et aux autres relations juridiques, y compris celles mentionnées dans la question, était soumise à des conditions et restrictions découlant de règles de droit international privé et de certaines règles de droit public en vigueur dans le pays hôte. On a relevé que, si les règles de droit international privé donnaient, dans une très large mesure, la possibilité de choisir le droit applicable aux contrats commerciaux, cette faculté était limitée, dans certains pays, lorsqu'il s'agissait de contrats et relations juridiques non qualifiés de commerciaux (comme certains contrats conclus par des organismes publics ou les contrats passés avec des consommateurs).

265. On a proposé de revoir la deuxième phrase du paragraphe 7; on a noté à cet égard que les États parties à certains accords d'intégration économique régionale étaient tenus de promulguer des dispositions harmonisées de droit international privé relatives aux contrats liant le concessionnaire à ses contractants.

Autres domaines pouvant appeler des mesures législatives (recommandation 3 et par. 9)

266. On a estimé que la recommandation 3 fournissait aux États peu de d'orientations concrètes, en particulier parce qu'elle cherchait à couvrir un domaine trop large et parce que ces conseils prenaient la forme d'exemples et n'avaient pas un caractère exhaustif. On a toutefois reconnu que les sujets traités aux sections C et D du projet de chapitre ne se prêtaient pas à l'énonciation de principes qu'il serait possible d'incorporer dans la législation. La recommandation 3 n'en permettait pas moins de rappeler utilement aux législateurs nationaux qu'il était nécessaire, pour mener à bien des projets d'infrastructure à financement privé, de disposer de règles adaptées dans un certain nombre de domaines du droit.

Promotion et protection des investissements (par. 10 et 11)

267. On a suggéré d'indiquer expressément que les dispositions relatives à la protection contre la nationalisation ou l'expropriation s'appliquaient au concessionnaire. La Commission a discuté de la façon dont cette protection devait être décrite et elle a convenu que la formulation la mieux adaptée dont on disposait était celle utilisée au paragraphe 25 du projet de chapitre IV intitulé "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5).

268. S'agissant des accords d'investissement bilatéraux dont il est question au paragraphe 11, on a déclaré que, dans un certain nombre de pays, les règles visant à faciliter et protéger les flux d'investissements (et dont certaines relevaient de domaines tels que le droit de l'immigration, le contrôle des importations et la réglementation des changes) reposaient sur une législation ne découlant pas nécessairement d'un traité bilatéral, et que ce paragraphe devait en tenir compte. On a ajouté que les traités multilatéraux pouvaient eux aussi comporter des dispositions relatives à la protection des investissements.

Droit de la propriété (par. 12 à 14)

269. Les paragraphes 12 à 14 n'ont donné lieu à aucune observation de fond particulière.

Règles et procédures d'expropriation (par. 15 et 16)

270. On a fait remarquer que les terrains ou l'accès aux terrains dont il est question aux paragraphes 15 et 16 pouvaient être obtenus par une procédure judiciaire ou administrative d'expropriation ou par une loi ad hoc. On est convenu que ces paragraphes devaient être revus de façon à souligner qu'il fallait trouver un équilibre approprié entre la nécessité de disposer de procédures rapides et efficaces d'expropriation et celle de respecter les droits des propriétaires concernés.

Quant à l'utilisation du terme "expropriation", qui a dans certaines langues une connotation négative (pouvant évoquer une confiscation sans dédommagement convenable), on a décidé, tout compte fait, de le conserver, étant donné que les autres termes envisageables revêtaient une signification technique propre à certains systèmes juridiques seulement et étaient difficilement traduisibles ou compréhensibles pour le large lectorat auquel le guide s'adressait.

Droit de la propriété intellectuelle (par. 17 à 21)

271. On a proposé de préciser, dans la partie portant sur le droit de la propriété intellectuelle, qu'il était souhaitable que le pays hôte promulgue des dispositions de droit pénal visant à lutter contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

272. On a également proposé d'indiquer que certains États s'étaient dotés d'une législation destinée à protéger les droits de propriété intellectuelle liés à la conception de logiciels et de matériels informatiques, et de mentionner, au paragraphe 18, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) conclu sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce.

Sûretés (par. 22 à 30)

273. À titre d'observation générale, on a relevé que les paragraphes 22 à 30 ne faisaient pas suffisamment ressortir le fait qu'en vertu de la tradition juridique de certains pays, la constitution de sûretés, dans le cadre de projets d'infrastructure à financement privé (en particulier en ce qui concerne les biens du domaine public), était soumise à des restrictions visant à protéger l'intérêt général. Les conseils donnés dans ces paragraphes n'étaient donc pas compatibles avec ce type de systèmes juridiques. Il a été décidé d'harmoniser le texte des paragraphes 22 à 30 de ce projet de chapitre avec le texte sur les sûretés figurant aux paragraphes 32 à 40 du projet de chapitre IV intitulé "L'accord de projet" (A/CN.9/458/Add.5). On est également convenu que le projet de chapitre VII devait faire apparaître de façon appropriée qu'il existait dans certains pays des obstacles juridiques à la constitution de sûretés en raison du caractère inaliénable de certaines catégories de biens du domaine public.

274. On a fait remarquer que le produit de la vente, par le concessionnaire, de biens ou de services, ou les créances en résultant, ne découlaient pas toujours d'un contrat liant le concessionnaire et ses clients, mais pouvaient découler d'autres types de relations qui, dans certains systèmes juridiques, n'étaient pas considérés comme contractuelles. On a jugé que le paragraphe 28 devrait en tenir compte.

275. Il a été proposé d'indiquer au paragraphe 24, peut-être dans l'avant-dernière phrase, qu'une limitation des moyens de recours pouvant être invoquée en vertu des lois du pays hôte augmenterait le coût des prêts aux projets dans ce pays.

Droit des sociétés (par. 31 à 34)

276. Aucun commentaire n'a été formulé sur la teneur des paragraphes 31 à 34.

Pratiques comptables (par. 35)

277. Il a été convenu que, si la troisième phrase du paragraphe 35 était maintenue dans le projet de chapitre, elle devrait faire l'objet d'un paragraphe distinct.

278. Il a été suggéré d'évoquer, dans la discussion sur les pratiques comptables, l'opportunité de recourir aux services de comptables ou de vérificateurs de comptes professionnels. La question a été posée de savoir si la notion de pratiques comptables "modernes" et "généralement acceptées" était appropriée et pouvait être comprise de la même manière dans les différents pays; d'autres expressions possibles ont été mentionnées, telles que les pratiques comptables "contemporaines" ou "internationalement acceptables".

Droit des contrats (par. 36 et 37)

279. On a estimé qu'il fallait revoir les paragraphes 36 et 37 afin de tenir compte du fait que, dans certains pays, certains des contrats conclus par le concessionnaire n'entraient pas dans la catégorie des contrats régis par le droit commercial ou civil, mais relevaient plutôt du domaine des contrats publics ou administratifs. Les paragraphes 36 et 37 devraient se limiter au droit des contrats privés et le titre devrait être modifié en conséquence.

Règles applicables aux marchés publics et droit administratif (par. 38 à 41)

280. La teneur des paragraphes 38 à 41 a été approuvée.

Droit de l'insolvabilité (par. 42 à 44)

281. On a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, des limites pouvaient exister concernant la liberté qu'avaient les créanciers et le débiteur de conclure des accords établissant la priorité de certaines créances sur d'autres dettes du débiteur (question évoquée au par. 42) et que des précisions devaient être apportées à ce sujet. Il a été suggéré de supprimer l'expression "économiquement viables" dans la deuxième phrase du paragraphe 42. S'agissant du paragraphe 43, il a été estimé que le terme "priorité" ne convenait pas pour décrire le lien entre l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers.

Droit fiscal (par. 45 à 50)

282. On a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, le niveau d'imposition changeait d'une année sur l'autre en fonction de l'évolution de la situation sociale. Dans les pays concernés, les investisseurs pourraient être favorisés en raison de circonstances économiques qui permettraient d'abaisser progressivement le niveau d'imposition. Il a été proposé que le libellé du paragraphe 46, qui insistait sur l'importance de la stabilité et de la prévisibilité du régime fiscal, soit modifié afin de tenir compte de cette possibilité.

Protection de l'environnement (par. 51 à 54)

283. Il a été noté que l'importance de la législation relative à la protection de l'environnement avait été examinée dans d'autres parties du projet de guide législatif et que le projet de chapitre devait être axé sur les mesures pouvant être incorporées dans cette législation afin de réduire les risques que l'on jugeait associés aux investissements dans les projets d'infrastructure à financement privé. On a fait observer qu'outre les instruments internationaux mentionnés au paragraphe 51, il fallait mentionner les différents instruments régionaux. Il a également été suggéré d'évoquer la nécessité et l'utilité des études d'impact sur l'environnement. Il a été estimé que le paragraphe 54, qui touchait à des questions sensibles, n'était pas nécessaire dans ce projet de chapitre et il a été proposé de le supprimer.

Droit relatif à la protection des consommateurs (par. 55)

284. On a fait observer qu'un seul paragraphe était un peu court pour aborder le droit relatif à la protection des consommateurs, en regard notamment des parties consacrées à d'autres domaines du droit dans le projet de chapitre. Il a été indiqué que, dans certaines régions, les organes législatifs étaient de plus en plus sensibles à ces questions. Il a été suggéré d'ajouter un renvoi aux dispositions du projet de chapitre VIII, intitulé "Règlement des différends" (A/CN.9/458/Add.9), qui portait sur les moyens dont disposaient les consommateurs pour le règlement des différends. Il a été estimé par ailleurs que le passage faisant référence au droit qu'a le concessionnaire de cesser de fournir des services à des clients qui ne "paient pas leurs factures" pourrait être reformulé en des termes plus bienveillants.

Mesures anticorruption (par. 56 à 58)

285. Il a été suggéré d'inverser l'ordre des paragraphes 56 et 57. Il a également été estimé que les mesures évoquées pourraient comprendre des dispositions visant à conférer le caractère d'infraction pénale aux actes de corruption active et passive et aux pratiques illicites connexes, afin de décourager ce type d'activité. On a fait observer que la deuxième

phrase du paragraphe 56, selon laquelle les règles relatives au fonctionnement des autorités contractantes et à la surveillance des marchés publics devraient être "revues", pourrait avoir un sens négatif dans certaines langues et devrait être reformulée. Il a été estimé que, si des initiatives régionales devaient être mentionnées au paragraphe 58, il faudrait alors inclure toutes les régions.

Accords internationaux (par. 59 à 63)

286. Il a été suggéré d'ajouter dans le paragraphe 59 le membre de phrase "outre les autres instruments internationaux mentionnés dans le projet de guide législatif" de sorte que l'examen de certains accords internationaux faisant suite à ce paragraphe ne semble pas exclure d'autres accords. Il a été suggéré de mentionner également des accords régionaux.

Chapitre VIII. Règlement des différends (A/CN.9/458/Add.9)**Remarques générales**

287. À titre d'observation générale, il a été indiqué que les informations de base sur les modes de règlement des différends étaient certes utiles (en particulier celles sur les modes qui n'étaient pas très connus ou qui étaient apparus récemment), mais que le projet de chapitre devait être davantage axé sur les projets d'infrastructure à financement privé et se fonder sur l'expérience pratique des différents pays. Il a été généralement considéré que, si les questions traitées n'étaient pas suffisamment axées sur le sujet du guide et n'étaient pas présentées de façon plus concise, les messages importants adressés aux législateurs ne ressortiraient pas assez clairement.

288. Il a été déclaré que le projet de chapitre devrait mentionner les différentes phases d'un projet d'infrastructure à financement privé et les divers modes de règlement des différends qui convenaient ou seraient probablement utilisés pour chacune de ces phases. Il a été estimé que le projet de chapitre devait examiner les différents modes de règlement des différends en fonction de leur contribution possible à la bonne exécution des projets et à la prévention des litiges ouverts.

289. Dans la mesure où les plaintes contre des décisions prises par des organismes de réglementation seraient abordées dans le projet de chapitre, il a été proposé que ce dernier examine également la question de l'utilisation des mécanismes de règlement non judiciaire, tels que les groupes d'experts, les organismes consultatifs ou l'arbitrage.

290. On a généralement fait observer que certains pays, en particulier ceux où les contrats conclus entre l'autorité contractante et le concessionnaire étaient considérés comme

des contrats administratifs, imposaient traditionnellement d'importantes restrictions à la liberté de recourir à l'arbitrage. Si quelques exceptions à ces restrictions avaient été introduites, elles étaient en règle générale étroitement délimitées par la loi ou se fondaient sur un traité. En outre, elles n'avaient pas, du moins dans certains de ces pays, modifié le principe selon lequel les projets d'infrastructure à financement privé étaient considérés comme des contrats administratifs et, partant, les différends découlant de ces contrats n'étaient pas arbitrales. Il a été indiqué que le projet de chapitre devait rendre dûment compte de la position de ces systèmes juridiques.

291. S'agissant de l'arbitrage, il a été dit que le projet de chapitre semblait sous-estimer les difficultés que pouvait poser ce mode de règlement des différends, telles que le coût potentiellement élevé de la procédure, les risques de retard ou les conséquences éventuellement négatives de la confidentialité de la procédure.

292. D'un autre côté, il a été souligné que la présence d'une clause compromissoire dans l'accord de projet était considérée par de nombreux investisseurs comme une garantie que tout différend serait réglé de manière efficace et équitable et que, du fait que cette garantie était souvent perçue comme une condition essentielle pour attirer des capitaux privés en faveur des projets, l'autorité contractante devrait être libre de se soumettre à l'arbitrage. En outre, il a été estimé que le chapitre devrait mettre davantage l'accent sur la liberté de choisir le lieu de l'arbitrage (dans le pays hôte ou ailleurs, ce qui aurait une incidence sur la possibilité pour les tribunaux du pays hôte d'intervenir dans la procédure arbitrale), la liberté de choisir les arbitres et la confidentialité de la procédure. Il a toutefois été ajouté qu'à première vue le lieu d'exécution du projet était le plus approprié pour une procédure d'arbitrage (du fait que les éléments de preuve s'y trouvaient et que le coût de la procédure y serait très probablement le plus faible).

293. Il a été estimé que le projet de chapitre devait établir une distinction entre l'arbitrage "national" (à savoir l'arbitrage entre des personnes ayant leur établissement dans le pays où la procédure avait lieu) et l'arbitrage "international" (en d'autres termes, l'arbitrage entre des personnes ayant leur établissement dans des pays différents, ou l'arbitrage qui, pour une autre raison, était considéré comme international); cette distinction et les conséquences en découlant étaient importantes dans les pays où des dispositions législatives différentes s'appliquaient à l'arbitrage national et à l'arbitrage international. En outre, il fallait davantage insister sur le mécanisme de règlement des différends du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) issu de la Convention pour le règlement des

différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 1965).

Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire (recommandation 1 et par. 4 à 64)

294. Concernant l'alinéa a) de la recommandation 1, il a été dit que la signification du mot "inutiles" n'était pas claire et que ce mot devait être supprimé. Si certains étaient favorables à cette suppression, d'autres ont déclaré que le mot avait pour but d'indiquer, à juste titre, que la disposition recommandant la suppression des restrictions légales à la liberté de l'autorité contractante d'accepter des modes de règlement des différends ne concernait que les restrictions jugées inutiles selon l'appréciation souveraine du pays hôte; aussi un libellé plus clair était-il préférable à la suppression de ce mot.

295. En ce qui concerne les alinéas b) et c) du paragraphe 2 des notes, il a été indiqué que, dans certains systèmes juridiques, certaines des rubriques mentionnées dans ces alinéas pourraient ne pas être considérées comme des contrats ou comme des contrats commerciaux (par exemple, un péage pour l'utilisation d'une route, ou les contrats conclus par l'autorité contractante).

296. Il a été suggéré d'indiquer, au paragraphe 8, que la procédure arbitrale pouvait également se fonder sur une disposition législative et non, comme cela était généralement le cas, sur un accord d'arbitrage. Il a également été indiqué que le passage concernant le caractère exécutoire des sentences arbitrales devait être nuancé par un libellé expliquant que, dans certains pays, l'exécution d'une sentence arbitrale exigeait une décision judiciaire (*exequatur*) et que l'exécution était précédée d'une vérification, certes limitée, visant à déterminer si certains principes fondamentaux d'ordre public n'avaient pas été enfreints.

297. La question a été posée de savoir si les paragraphes 11 et 12 (concernant la négociation) étaient nécessaires. S'agissant du règlement des différends par un expert-arbitre ou par un conseil de règlement des différends (par. 21 à 29), pratique courante dans les contrats de construction, il a été estimé qu'on pourrait, d'après les enseignements tirés de l'utilisation de ces techniques de règlement des différends pendant la période suivant la construction, déterminer si elles étaient applicables pendant l'exécution de l'accord de projet. Il a été demandé de préciser, au paragraphe 23, la nature juridique d'une décision rendue par un expert-arbitre ou par un conseil de règlement des différends.

298. Un certain nombre de déclarations ont été faites au sujet de l'immunité de l'État souverain, dont il était question à l'alinéa b) de la recommandation 1 et aux paragraphes 51 à 55. On a fait remarquer que la question de savoir si le pays

hôte ou l'autorité contractante pouvait invoquer l'immunité de l'État souverain (pour empêcher l'exercice de la compétence ou l'exécution de la sentence) était considérée par les investisseurs comme essentielle. S'agissant de la position des pouvoirs publics, on a déclaré qu'en raison de considérations d'intérêt général, il ne devait pas y avoir de renonciation automatique au droit d'invoquer l'immunité souveraine, ou toute renonciation devrait être laissée à l'appréciation de l'État. De l'avis d'un intervenant, le guide ne devait pas traiter une question si délicate, qu'il était impossible de trancher; si la question devait être abordée, aucune suggestion ne devait figurer dans le guide. Selon un autre intervenant, il était nécessaire de revoir les lois nationales sur le sujet, puisque c'était de clarté dont on avait besoin; les investisseurs en particulier avaient besoin de savoir de façon claire si l'autorité contractante, qui contractait des obligations en concluant un accord de projet, était réputée avoir renoncé à son immunité. Quant au libellé de l'alinéa b) de la recommandation 1, on l'a critiqué au motif que son objet n'était pas clair, ou qu'il était interventionniste sur un point politiquement sensible. En réponse à ces critiques, on a fait valoir que les investisseurs ayant besoin de clarté en la matière et aucune solution harmonisée n'ayant encore été trouvée, la recommandation ne devait pas avoir pour objet ni pour idée maîtresse de suggérer une solution particulière, mais simplement d'inciter les États à rendre aussi claire que possible leur législation relative à l'immunité de l'État souverain. On a ajouté que des précisions s'imposaient sur plusieurs aspects de ce sujet, y compris sur la question de savoir si l'immunité s'appliquait aux instances tant étrangères que nationales.

Règlement des différends commerciaux (recommandation 2 et par. 65 à 76)

299. On a jugé que le titre de la recommandation 2 était susceptible de créer une confusion et qu'il fallait le modifier de façon à indiquer qu'il s'agissait du règlement des différends entre le concessionnaire et des entités autres que l'autorité contractante.

300. On s'est dit préoccupé tant par le fond que par la forme des paragraphes 60 à 64, qui traitaient de la procédure judiciaire. On a estimé qu'il y avait un manque d'équilibre, aussi bien pour ce qui était de la longueur que du ton employé, entre ces paragraphes et d'autres parties du projet de chapitre qui portaient sur d'autres mécanismes de règlement des différends. Ainsi, le texte relatif aux autres méthodes possibles, telles que l'arbitrage, en donnait une description, ce qui n'était pas le cas pour la procédure judiciaire. En outre, les paragraphes portant sur la procédure judiciaire semblaient laisser entendre que cette dernière n'était pas une solution souhaitable pour régler les différends. On a suggéré de formuler lesdits paragraphes de façon plus nuancée. En

réponse à l'observation selon laquelle il était déplacé de donner à penser, au paragraphe 62, que les tribunaux pouvaient favoriser l'autorité contractante, on a précisé que l'on entendait indiquer en fait que les parties à l'accord de projet risquaient d'avoir une telle crainte.

301. Il a été suggéré que, lors de la future révision du paragraphe 65, on tienne compte des caractéristiques d'un contrat qui en faisaient un contrat commercial. On a cité le contrat de fourniture de carburant conclu par un organisme public comme exemple pertinent à cet égard. Selon une autre opinion, il ne serait pas souhaitable de s'attarder, dans ce projet de chapitre, sur le sens à donner aux expressions "contrat commercial" ou "différend commercial" étant donné qu'elles avaient des sens très différents en fonction des systèmes juridiques.

302. On a fait observer que la conciliation n'était généralement pas prévue dans les "instruments internes", expression utilisée dans le titre du paragraphe 67 et jugée peu claire. On a également estimé que le terme "*voluntary*", qui apparaît dans le texte anglais, exigeait des précisions étant donné qu'il laissait entendre que la conciliation pouvait être "volontaire" ou "involontaire".

303. On a relevé que le paragraphe 69, qui porte sur les contrats de travaux, n'avait pas de rapport direct avec le règlement des différends. On a par ailleurs proposé de mentionner, dans la partie consacrée aux contrats de travaux, les mécanismes de règlement des différends mis au point par la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC).

Différends entre d'autres parties (recommandations 3 et 4 et par. 77 à 82)

304. On a fait remarquer que le terme "consommateurs" des biens ou des services produits par un concessionnaire pouvait recouvrir des réalités très diverses: il pouvait aussi bien s'agir d'une seule entreprise de services publics appartenant à l'État et achetant de l'électricité ou de l'eau au concessionnaire que de plusieurs milliers de particuliers empruntant une route à péage. Le type de mécanisme de règlement des différends retenu devrait donc être adapté à chaque situation. On a fait remarquer que, si la distinction entre ces différents types de consommateurs était effectivement faite dans les notes, elle devait l'être également dans la recommandation 3.

305. Selon un intervenant, étant donné que le nombre et le volume des projets d'infrastructure à financement privé allaient augmenter, les différends avec les consommateurs deviendraient plus fréquents et la nécessité de disposer de mécanismes de règlement des différends se ferait plus fortement sentir. On a estimé que la recommandation 4, qui portait sur ce point, était importante mais que les notes correspondantes passaient trop rapidement sur le sujet.

306. Un autre intervenant a jugé qu'il serait important que les consommateurs aient le droit de recourir aux tribunaux pour régler de tels différends. On a estimé souhaitable que le pays hôte prévoie une législation qui contienne des dispositions relatives aux infractions contre les consommateurs et à la publicité mensongère, et qui reconnaisse le droit aux organismes de défense des consommateurs d'intenter des procès.

307. Il a été proposé d'aborder aussi d'autres questions telles que la relation entre organismes de réglementation et procédures d'arbitrage et le traitement des informations confidentielles divulguées lors du règlement d'un différend avec un organisme public de réglementation.

Chapitre III Commerce électronique

A. Projet de règles uniformes sur les signatures électroniques

308. Il a été rappelé qu'à sa trentième session, en 1997, la Commission avait confié au Groupe de travail sur le commerce électronique la rédaction de règles uniformes sur les aspects juridiques des signatures numériques et des autorités de certification. On s'était alors accordé à reconnaître qu'aucune décision ne pouvait être prise à un stade aussi précoce quant au champ d'application et à la forme exacts de ces règles. On avait estimé également que, s'il était justifié que le Groupe de travail axe son attention sur les questions relatives aux signatures numériques, étant donné le rôle apparemment prédominant joué par la cryptographie à clef publique dans la nouvelle pratique du commerce électronique, les règles uniformes à rédiger devraient cependant être compatibles avec l'approche techniquement neutre adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Ainsi, les règles uniformes ne devraient pas décourager l'utilisation d'autres techniques d'authentification. En outre, pour ce qui était de la cryptographie à clef publique, il pourrait être nécessaire que les règles uniformes prennent en considération divers niveaux de sécurité et reconnaissent les divers effets juridiques et niveaux de responsabilité correspondant aux différents types de services fournis dans le contexte des signatures numériques. S'agissant des autorités de certification, la Commission a certes reconnu la valeur des normes issues du marché, mais il a été largement considéré que le Groupe de travail pourrait envisager utilement l'établissement d'un ensemble minimum de normes que les autorités de certification devraient respecter, en particulier dans les cas de certification transnationale¹⁶.

309. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission a noté que le Groupe de travail avait eu des difficultés manifestes, à ses trente et unième et trente-deuxième sessions, à parvenir à une position commune sur les nouvelles questions juridiques découlant de l'utilisation accrue des signatures numériques et autres signatures électroniques. Il a été également noté qu'il n'y avait toujours pas de consensus sur la manière dont ces questions pourraient être abordées dans un cadre juridique internationalement acceptable. Toutefois, la Commission a estimé, dans l'ensemble, que les progrès accomplis jusqu'ici étaient le signe que le projet de règles uniformes sur les signatures électroniques prenait progressivement la forme d'une structure utilisable. Elle a réaffirmé la décision qu'elle avait prise à sa trentième session sur la faisabilité de la rédaction de telles règles uniformes¹⁷ et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail progresserait encore dans ses travaux à sa trente-troisième session (New-York, 29 juin-10 juillet 1998) sur la base du projet révisé établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76). Au cours du débat, la Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail était désormais unanimement considéré comme un forum international particulièrement important pour les échanges de vues sur les problèmes juridiques liés au commerce électronique et la recherche des solutions correspondantes¹⁸.

310. À sa présente session, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/454 et 457). Elle a dit sa satisfaction des efforts faits par le Groupe de travail pour rédiger le projet de règles uniformes sur les signatures électroniques. On s'est généralement accordé à penser que des progrès sensibles avaient été faits lors de ces sessions concernant la définition d'une position commune sur les aspects juridiques des signatures électroniques, mais on a également estimé que le Groupe de travail avait eu du mal à parvenir à un consensus sur les principes législatifs sur lesquels les règles uniformes devraient être fondées.

311. Selon une opinion, l'approche qu'avait adoptée jusqu'ici le Groupe de travail ne tenait pas suffisamment compte de la nécessité, dans le monde des affaires, d'une souplesse dans l'utilisation des signatures électroniques et autres techniques d'authentification. Les règles uniformes, telles qu'actuellement envisagées, mettaient trop l'accent sur les signatures numériques et, dans cette technique même, sur une application particulière impliquant la certification d'un tiers. On a donc proposé de limiter les travaux sur les signatures électroniques aux aspects juridiques de la certification transnationale ou de les reporter purement et simplement jusqu'à ce que la pratique commerciale soit mieux établie. Selon une opinion allant dans le même sens, aux fins du commerce international,

la plupart des questions juridiques liées à l'utilisation des signatures électroniques avaient déjà été résolues dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Une réglementation de certaines utilisations des signatures électroniques était peut-être nécessaire en dehors du droit commercial, mais le Groupe de travail ne devrait participer à aucune activité de ce type.

312. Selon l'avis qui a largement prévalu, le Groupe de travail devrait poursuivre sa tâche sur la base de son mandat original (voir ci-dessus, par. 308). S'agissant du besoin de règles uniformes sur les signatures électroniques, on a expliqué que, dans de nombreux pays, les gouvernements et les organes législatifs qui avaient entrepris l'élaboration d'une législation sur les questions relatives aux signatures électroniques, y compris la mise en place d'une infrastructure fondée sur la clef publique ou d'autres projets sur des questions étroitement liées (voir A/CN.9/457, par. 16), attendaient des orientations de la CNUDCI. Quant à la décision prise par le Groupe de travail de se concentrer sur les questions et la terminologie de la cryptographie à clef publique, on a rappelé que le jeu des relations entre trois types distincts de parties (les détenteurs des clefs, les autorités de certification et les parties se fiant aux clefs) correspondaient à un modèle possible de cryptographie à clef publique, mais que d'autres étaient aussi concevables (sans intervention d'une autorité de certification indépendante, par exemple). L'un des principaux avantages qu'il y avait à se concentrer sur les questions relatives à la cryptographie à clef publique était que l'on pouvait ainsi structurer plus facilement les règles uniformes par référence à trois fonctions (ou rôles) associées aux paires de clefs, à savoir la fonction d'émetteur de la clef (ou abonné), la fonction de certification et la fonction de confiance. On s'est généralement accordé à penser que ces trois fonctions étaient communes à tous les modèles de cryptographie à clef publique, et qu'il fallait les traiter, qu'elles soient exercées par trois entités séparées ou que deux d'entre elles soient assurées par la même personne (par exemple, lorsque l'autorité de certification était également une partie se fiant à la clef). En outre, il a été largement estimé, qu'en se concentrant sur les fonctions typiques de la cryptographie à clef publique et non sur un modèle particulier, on parviendrait peut-être plus facilement à élaborer, à un stade ultérieur, une règle tout à fait neutre sur le plan technique (ibid., par. 68).

313. À l'issue du débat, la Commission a réaffirmé ses décisions précédentes quant à la faisabilité de la rédaction de règles uniformes (voir ci-dessus, par. 309) et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail pourrait progresser encore à ses prochaines sessions.

314. S'agissant des délais dans lesquels le Groupe de travail devrait s'acquitter de sa tâche, il a été déclaré que le projet

de règles uniformes devrait être prêt pour examen et adoption par la Commission à sa trente-troisième session. Selon l'avis qui a prévalu, aucun délai précis ne devrait être fixé. Toutefois, la Commission a instamment prié le Groupe de travail de s'employer à terminer le plus vite possible ses travaux. Dans le cadre de ce débat, un appel a été lancé à toutes les délégations pour qu'elles s'engagent de nouveau à rechercher activement un consensus concernant l'objet et la teneur du projet de règles uniformes.

B. Travaux futurs dans le domaine des signatures électroniques

315. Diverses suggestions ont été faites concernant les travaux futurs dans le domaine du commerce électronique, que la Commission et le Groupe de travail pourraient examiner une fois terminée la rédaction des règles uniformes sur les signatures électroniques. Il a été rappelé, qu'à la fin de la trente-deuxième session du Groupe de travail, il avait été proposé que ce dernier examine, à titre préliminaire, la possibilité d'élaborer une convention internationale fondée sur les dispositions pertinentes de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et du projet de règles uniformes (voir A/CN.9/446, par. 212)¹⁹. La Commission a été informée qu'un certain nombre de pays s'étaient déclarés intéressés par l'élaboration d'un tel instrument.

316. L'attention de la Commission a été appelée sur un projet de recommandation adopté le 15 mars 1999 par le Centre pour la facilitation des procédures et pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (CEFACT) de la Commission économique pour l'Europe (CEE/ONU). Dans ce texte, le Centre recommandait que la CNUDCI envisage les mesures à prendre pour veiller à ce que les termes "écrit", "signature" et "document" dans les conventions et accords relatifs au commerce international soient entendus comme autorisant les équivalents électroniques. L'élaboration d'un protocole général visant à modifier les régimes juridiques des traités multilatéraux pour faciliter le recours accru au commerce électronique a bénéficié d'un appui.

317. D'autres sujets ont été proposés, à savoir: transactions électroniques et droit des contrats; transfert électronique de droits sur des biens corporels; transfert électronique de droits incorporels; droits sur les données électroniques et les logiciels (éventuellement en coopération avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)); clauses types pour la formation de contrats par des moyens électroniques (éventuellement en coopération avec la Chambre de commerce internationale (CCI) et l'Internet Law and Policy Forum (ILPF)); droit applicable et compétence (éventuellement en coopération avec la Conférence de La Haye de droit

international privé); et systèmes de règlement des litiges en ligne²⁰.

318. La Commission a pris note des propositions susmentionnées. Il a été décidé que, lorsqu'il aurait terminé sa tâche actuelle, à savoir la rédaction du projet de règles uniformes sur les signatures électroniques, le Groupe de travail pourrait, dans le cadre de la fonction consultative générale qu'il exerce en matière de commerce électronique, examiner une partie ou la totalité des sujets susmentionnés ainsi que tous autres sujets, en vue de faire à la Commission des propositions plus précises concernant les travaux futurs.

Chapitre IV

Financement par cession de créances

319. Il a été rappelé que la Commission avait examiné les questions juridiques relatives à la cession de créances de sa vingt-sixième à sa vingt-huitième sessions (1993 à 1995)²¹ et qu'à sa vingt-huitième session, tenue en 1995, elle avait chargé le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de préparer une loi uniforme sur le financement par cession de créances²².

320. Il a été noté que le Groupe de travail avait commencé ses travaux à sa vingt-quatrième session et tenu cinq sessions entre la vingt-huitième et la trente et unième sessions de la Commission. Il a également été noté qu'à sa vingt-quatrième session, le Groupe de travail avait été instamment prié de s'efforcer d'élaborer un texte juridique ayant pour effet d'accroître l'offre de crédits à des taux plus bas (A/CN.9/420, par. 16). En outre, il a été noté qu'à ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions, le Groupe de travail avait décidé, à titre d'hypothèse de travail, que le texte à élaborer revêtirait la forme d'une convention (A/CN.9/432, par. 28) et qu'il comprendrait des dispositions du droit international privé (A/CN.9/434, par. 262). De plus, il a été noté, d'une part, qu'à sa vingt-septième session, le Groupe de travail avait décidé que les règles fondamentales régissant les questions de priorité dans le projet de Convention seraient les règles du droit international privé et que les règles du droit matériel applicables à ces mêmes questions dans le projet seraient facultatives pour les États (A/CN.9/445, par. 26 et 27). À sa vingt-huitième session, le Groupe de travail avait adopté, quant au fond, les projets d'articles 14 à 16, concernant les liens entre le cédant et le cessionnaire, et les projets d'articles 18 à 22, portant sur les liens entre le cessionnaire et le débiteur (A/CN.9/447, par. 161 à 164).

321. À sa trente-deuxième session, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses vingt-neuvième et trentième sessions (A/CN.9/455 et A/CN.9/456). Il a été noté qu'à sa vingt-neuvième session, le Groupe de travail avait adopté, quant au fond, le préambule et les projets d'articles 1-1 et 2 (champ d'application), 5 g) à j) (définitions), 18-5 *bis* (paiement libératoire du débiteur), 23 à 33 (priorité et règles de droit international privé) et 41 à 50 (clauses finales) (A/CN.9/455, par. 17). À sa trentième session il avait adopté l'intitulé, le préambule et les projets d'articles premier à 24 (A/CN.9/456, par. 18). En conséquence, l'ensemble du projet de Convention avait été adopté à l'exception des règles de droit matériel facultatives s'appliquant aux questions de priorité.

322. Notant que le projet de Convention avait suscité l'intérêt de la communauté commerciale et financière internationale, la Commission s'est félicitée des progrès considérables accomplis par le Groupe de travail. Dans l'ensemble, il a été estimé que le projet de Convention pouvait accroître l'offre de crédits à des taux plus abordables. Il a été indiqué que l'absence totale de crédits sur la base de créances internationales ou leur offre uniquement à des taux élevés entravaient gravement le commerce international dans la mesure où de nombreuses transactions internationales n'auraient pas lieu faute de crédits ou de crédits à des taux abordables. On a également fait observer que cette situation réduisait la compétitivité des parties des pays en développement, puisque celles-ci avaient un accès limité aux crédits à plus faibles taux.

323. En même temps, la Commission a noté qu'un certain nombre de questions spécifiques n'avaient pas encore été traitées par le Groupe de travail, notamment les suivantes: la Convention ne s'appliquerait-elle qu'aux cessions réalisées à des fins de financement ou à d'autres cessions également; certaines cessions (dans le cadre d'opérations sur titres ou d'opérations de compensation, par exemple) devaient-elles être exclues ou simplement traitées de façon différente; la situation géographique d'une société devait-elle être définie, aux fins du champ d'application de la Convention et des règles de priorité, par référence à son établissement, à son lieu d'immatriculation ou à son lieu d'administration centrale; les clauses de non-cession figurant dans des contrats d'attribution de marchés publics devaient-elles être traitées de façon différente de celles figurant dans d'autres types de contrats; s'agissant du produit des créances, la règle de priorité devait-elle être appliquée de la même façon que pour les créances; devait-on avoir recours aux règles du droit international privé pour combler les lacunes des dispositions de droit matériel du projet de Convention ou pour unifier le droit international privé portant sur les cessions en général (au-delà

du champ d'application de la Convention); et les règles de droit matériel facultatives concernant la priorité devaient-elles être élargies ou, au contraire, être conservées comme principes généraux.

324. Certains représentants ont donné des avis sur la façon dont le Groupe de travail pouvait traiter ces questions. Il a par exemple été avancé: que le projet de Convention ne devrait s'appliquer qu'aux opérations de financement; qu'il ne faudrait pas aller à l'encontre des pratiques nationales; qu'il faudrait faire preuve d'une prudence particulière s'agissant de certaines opérations de financement telles que les opérations portant sur des produits dérivés et les opérations de compensation pour éviter de gêner le fonctionnement de pratiques efficaces; qu'il faudrait revenir sur l'exclusion des cessions de créances extra-contractuelles; et qu'il faudrait définir la situation géographique d'une société de façon appropriée (par référence à son siège statutaire, à son lieu d'administration centrale ou à son établissement principal par exemple). On a également estimé que le projet de Convention devait reconnaître: le principe de l'autonomie des parties, s'agissant de la relation entre le cédant et le cessionnaire; le principe de la protection du débiteur, s'agissant de la relation entre le cessionnaire et le débiteur; et la nécessité d'éviter toute incertitude quant aux droits de tiers tels que les créanciers du cédant.

325. En ce qui concerne la disposition du projet de Convention donnant au cessionnaire un droit réel sur le produit des créances, on a exprimé la crainte qu'elle soit incompatible avec des principes fondamentaux du droit dans certains pays. On a répondu que, conformément aux lois en vigueur dans de nombreux pays, un droit réel du cessionnaire sur le produit de créances cédées n'était reconnu, dans le projet de Convention, que dans un nombre limité de cas (à savoir, lorsque le cédant avait reçu un paiement en espèces au nom du cessionnaire et détenait le produit du paiement sur un compte séparé et facilement identifiable). Il a été ajouté qu'en tout état de cause les États devraient comparer les inconvénients potentiels, minimes, d'une telle disposition à ses retombées positives potentielles, considérables, sur le coût et la disponibilité du crédit dans le cadre d'opérations telles que la titrisation ou l'escompte de factures sans divulgation. La Commission a renvoyé ces déclarations et observations au Groupe de travail sans en discuter.

326. S'agissant du champ d'application du projet de Convention, on s'est demandé s'il était de la compétence du Groupe de travail de décider que la Convention devait s'appliquer à des opérations qui n'étaient pas réalisées à des fins de financement au sens strict. En réponse, la Commission a réaffirmé qu'elle avait donné un large mandat au Groupe de

travail l'autorisant à déterminer le champ d'application de la Convention.

327. En ce qui concerne la relation entre, d'une part, le projet de Convention et, d'autre part, la Convention sur l'affacturage international (Ottawa, 1988), la Convention de l'Union européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980) et le projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et ses protocoles relatifs aux aéronefs, au matériel d'équipement spatial et au matériel roulant ferroviaire ("le projet de Convention d'Unidroit") actuellement élaboré par un groupe constitué de représentants de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), de l'Organisation de l'aviation civile internationale et d'autres organisations, la Commission s'est félicitée des progrès réalisés par le Groupe de travail en vue d'éviter ou de réduire au minimum les possibilités de conflit.

328. Au sujet de la relation entre le projet de Convention et le projet de Convention d'Unidroit, la Commission a noté qu'à sa trentième session, le Groupe de travail avait envisagé différents moyens d'éviter tout conflit (A/CN.9/456, par. 232 à 239). On a relevé qu'à ladite session, le Groupe de travail avait retenu deux solutions, à savoir exclusion du champ d'application du projet de Convention ou de la Convention d'Unidroit la cession des créances découlant de la vente ou de la location de matériel de grande valeur et, plutôt que de régler le problème par exclusion, décider de faire prévaloir l'un ou l'autre de ces textes en cas de conflit.

329. Un certain nombre d'opinions ont été exprimées sur la façon dont le Groupe de travail pouvait traiter la question. Selon une opinion, les cessions des créances découlant de la vente ou de la location de matériel de grande valeur devaient être exclues du champ d'application de la Convention, étant donné que ces créances étaient, en pratique, un élément du financement du matériel. Selon un autre avis, il serait peut-être préférable, au lieu d'exclure ces cessions du champ d'application de la Convention quelles que soient les circonstances, que la Convention d'Unidroit s'applique ou non (ce qui risquerait de créer des vides juridiques si le projet d'Unidroit n'était pas largement adopté), de ne faire prévaloir la Convention d'Unidroit à l'égard de ces créances que si elle était applicable dans un cas particulier. À ce sujet, on a fait remarquer que la question de savoir lequel de ces textes devait prévaloir en cas de conflit pouvait être abordée de façon différente selon le type de matériel visé dans chaque cas particulier, étant donné que, selon certaines pratiques du financement du matériel, les créances étaient un élément du financement du matériel tandis que, selon d'autres, elles ne l'étaient pas. Une autre opinion encore était qu'il fallait également envisager la possibilité d'exclure certaines ces-

sions du champ d'application de la Convention d'Unidroit. La Commission a renvoyé ces opinions au Groupe de travail.

330. La Commission s'est félicitée du travail accompli par le Groupe de travail, qu'elle a prié de poursuivre sa tâche sans retard de façon à ce que le projet de Convention ainsi que le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa prochaine session puissent être distribués en temps voulu aux gouvernements pour observations, et que le projet de Convention soit examiné par la Commission à sa trente-troisième session (en 2000) pour adoption. S'agissant de la procédure ultérieure d'adoption de la Convention, la Commission a noté qu'elle devrait décider à sa prochaine session si elle recommanderait une adoption par l'Assemblée générale ou par une conférence diplomatique qui serait spécialement convoquée par l'Assemblée générale à cette fin.

Chapitre V

Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958

331. Il a été rappelé que la Commission, à sa vingt-huitième session tenue en 1995, avait approuvé le projet, entrepris conjointement avec le Comité D de l'Association internationale du barreau, qui visait à suivre l'application, dans les lois nationales, de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)²³. Il a été souligné que le projet, tel qu'il avait été approuvé par la Commission, se limitait à cet objectif et, en particulier, n'avait pas pour but de suivre toutes les décisions judiciaires appliquant la Convention. Afin de pouvoir établir un rapport sur la question, le secrétariat avait envoyé aux États parties à la Convention un questionnaire relatif au régime juridique régissant, dans ces États, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

332. Jusqu'à la présente session de la Commission, le secrétariat avait reçu des réponses de 59 États (sur les 121 actuellement parties à la Convention). La Commission a demandé aux États parties à la Convention qui n'avaient pas encore répondu au questionnaire de le faire le plus rapidement possible ou, au besoin, d'informer le secrétariat de tout fait nouveau survenu depuis leur réponse précédente. Le secrétariat a été prié d'établir, pour une prochaine session de la Commission, une note présentant les conclusions tirées de l'analyse des renseignements ainsi recueillis.

Chapitre VI

Arbitrage commercial international: travaux futurs possibles

A. Introduction

333. Durant sa trente et unième session, la Commission a organisé, le 10 juin 1998, la Journée de la Convention de New York, afin de commémorer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958). Outre les représentants d'États membres de la Commission et d'observateurs, environ 300 invités ont participé à cette manifestation. La déclaration d'ouverture a été prononcée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. En sus des discours d'anciens participants à la conférence diplomatique ayant adopté la Convention, d'éminents spécialistes de l'arbitrage ont présenté des exposés sur des questions telles que la promotion de la Convention, son adoption et son application. Des exposés ont également été présentés sur des questions dépassant la Convention elle-même, par exemple l'interaction entre la Convention et d'autres textes juridiques internationaux relatifs à l'arbitrage commercial international et les problèmes rencontrés dans la pratique, mais non traités dans les textes actuels, législatifs ou non, sur l'arbitrage²⁴.

334. Dans les exposés présentés lors de cette conférence, diverses propositions ont été faites tendant à soumettre à la Commission certains des problèmes mis en évidence dans la pratique, afin qu'elle puisse déterminer s'il serait souhaitable et possible qu'elle entreprenne des travaux dans ce domaine.

335. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission, se référant aux débats ayant eu lieu lors de la Journée de la Convention de New York, a considéré qu'il serait utile d'étudier les travaux futurs possibles dans le domaine de l'arbitrage à sa trente-deuxième session, en 1999. Elle a prié le Secrétariat d'établir une note qui servirait de base aux débats de la Commission²⁵.

336. À la session en cours, la Commission était saisie de la note demandée, publiée sous la cote A/CN.9/460. Cette note se fondait sur les idées, suggestions et observations présentées dans différents contextes, notamment la Journée de la Convention de New York, le Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial (Paris, 3-6 mai 1998)²⁶ et d'autres conférences et réunions internationales, telles que la Conférence "Freshfields" de 1998²⁷. La note examinait certains des problèmes et questions mis en évidence par la pratique arbitrale, afin d'aider la Commission à déterminer s'il serait bon d'inscrire certaines de ces questions à son programme de travail. Les débats de la Commission sur ces

questions sont résumés ci-après (par. 337 à 376 et 380). Durant ces débats, les participants ont mentionné diverses autres questions qu'il serait peut-être possible d'inscrire au programme de travail futur de la Commission (par. 339 et 340).

B. Remarques générales

337. La Commission s'est félicitée de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international. Il a été jugé dans l'ensemble que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que d'étudier, au sein de l'instance universelle que constituait la Commission, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage.

338. La Commission a ouvert ses débats sans avoir une idée arrêtée sur la forme que prendraient en définitive ses travaux futurs. Il a été convenu que tout débat quant à cette forme ne pourrait être que provisoire à ce stade et que des décisions plus fermes seraient prises ultérieurement, lorsque la teneur des solutions proposées serait plus claire. Des dispositions uniformes pourraient ainsi prendre la forme d'un texte législatif (par exemple, des dispositions législatives types ou un traité) ou d'un texte non législatif (par exemple, des règles contractuelles types ou un guide de pratique). Il a été souligné que, même si on envisageait d'adopter un traité international, l'intention n'était pas de modifier la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (voir ci-après, par. 347 et 349). On a jugé que, même si, en dernière analyse, aucun nouveau texte uniforme n'était établi, une discussion approfondie à laquelle prendraient part des représentants de tous les grands systèmes juridiques, sociaux et économiques représentés à la Commission, éventuellement accompagnée de suggestions visant à promouvoir une interprétation uniforme, constituerait une contribution utile pour la pratique de l'arbitrage commercial international.

339. À divers stades du débat, les questions suivantes, outre celles qui étaient présentées dans le document A/CN.9/460, ont été citées parmi celles qu'il serait sans doute utile que la Commission aborde ultérieurement:

a) Lacunes laissées par les parties dans leurs contrats et comblement de ces lacunes par un tiers ou un tribunal arbitral sur la base d'une autorisation donnée par les parties;

b) Changement de circonstances après la conclusion d'un contrat et possibilité pour les parties de charger un tiers ou un tribunal arbitral d'adapter le contrat au changement de circonstances;

c) Liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par une personne de leur choix et restrictions apportées à cette liberté sur la base, par exemple, de la nationalité, ou de l'appartenance à une association professionnelle;

d) Questions liées à l'interprétation de dispositions législatives telles que l'article II-3 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ou l'article 8-1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international) qui, dans la pratique, aboutissent à des résultats divergents, notamment pour ce qui est des pouvoirs dont dispose le tribunal judiciaire a) pour décider de renvoyer ou non les parties à l'arbitrage, b) pour étudier si la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée, et c) lorsque le défendeur fait valoir qu'une procédure arbitrale est en cours ou qu'une sentence arbitrale a été rendue;

e) Questions liées aux cas où une demande de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement étranger a été présentée, mais où le défendeur invoque à titre d'exception a) l'existence d'une convention d'arbitrage, ou b) le fait qu'une procédure arbitrale est en cours, ou c) le fait qu'une sentence arbitrale a été rendue sur la même question. Il a été noté que ces cas n'étaient en général pas régis par les traités relatifs à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Des problèmes se posaient en particulier lorsque le traité applicable était conçu pour faciliter la reconnaissance et l'exécution des jugements, mais ne permettait pas de refuser la reconnaissance ou l'exécution au motif que le litige ayant fait l'objet du jugement entrait dans le champ d'application d'une convention d'arbitrage, était examiné dans le cadre d'une procédure arbitrale en cours, ou avait fait l'objet d'une sentence arbitrale.

C. Examen de certains points

a. Conciliation (A/CN.9/460, par. 8 à 19)

340. On s'est accordé à penser que les trois sujets indiqués dans la note du secrétariat (à savoir l'admissibilité de certains moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures; le rôle du conciliateur dans les procédures ultérieures; et la procédure d'exécution des accords de transaction) étaient particulièrement importants et faisaient actuellement l'objet de débats parmi les professionnels du règlement des différends (voir A/CN.9/460, par. 8 à 19).

Selon un avis largement partagé, il serait bon d'examiner, en plus de ces trois sujets, l'interruption possible des délais de prescription du fait de l'ouverture d'une procédure de conciliation.

341. Selon un avis, les questions relatives à la conciliation pourraient ne pas se prêter facilement à une unification internationale par le biais d'une législation uniforme. On s'est demandé s'il était vraiment souhaitable d'établir des règles législatives uniformes, étant donné que le souci général était de préserver la souplesse des règles régissant la conciliation. On a déclaré que la plupart des difficultés de procédure pouvant surgir dans le domaine de la conciliation pourraient probablement être résolues par accord entre les parties.

342. Selon l'avis qui a largement prévalu, toutefois, la Commission devrait examiner la possibilité d'établir des règles législatives uniformes visant à promouvoir un recours accru à la conciliation. On a expliqué que certaines questions (telles que l'admissibilité de certains moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures, ou le rôle du conciliateur dans les procédures ultérieures) pourraient généralement être résolues par référence à un ensemble de règles telles que le Règlement de conciliation de la CNUDCI mais que, dans de nombreux cas, on ne convenait pas de telles règles. La conciliation pourrait ainsi bénéficier de l'élaboration de dispositions législatives facultatives, qui seraient applicables lorsque toutes les parties souhaitaient une conciliation mais n'avaient pas convenu d'un ensemble de règles de conciliation. En outre, dans les pays où, en matière civile ou commerciale, ces accords avaient un effet incertain, une législation uniforme pourrait clarifier utilement les choses. Par ailleurs, on a fait observer, s'agissant de questions telles que la facilitation de l'application des accords de transaction résultant d'une conciliation (par exemple, les faire appliquer de la même façon que les sentences arbitrales) et l'effet de la conciliation sur le délai de prescription, qu'il ne serait possible de parvenir à la prévisibilité et à la certitude nécessaires pour favoriser la conciliation que par l'adoption d'une loi. Il a été largement considéré que ces questions devraient être traitées par la Commission à titre hautement prioritaire.

343. Après un débat, la Commission a décidé qu'un groupe de travail auquel serait confié le sujet (voir ci-après par. 380) devrait examiner la question de savoir si, pour encourager et faciliter la conciliation, il serait utile d'établir des dispositions législatives types harmonisées qui traiteraient des questions susmentionnées et éventuellement d'autres questions.

b. Prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage (A/CN.9/460, par. 20 à 31)

344. On a constaté dans l'ensemble que l'alinéa 2 de l'article II de la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), exigeant que la convention d'arbitrage se présente sous forme écrite "dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes", et les dispositions uniformes qui se sont ultérieurement inspirées de cet article étaient souvent jugés dépassés. La discussion a donc été axée sur la mesure dans laquelle il était nécessaire d'actualiser la Convention de New York pour ce qui est de la formation de la convention d'arbitrage, ainsi que sur la nature et l'urgence des travaux susceptibles d'être entrepris par la Commission aux fins d'une telle actualisation. Selon une opinion, dans la majorité des cas les parties n'avaient aucune difficulté à se conformer aux prescriptions de forme actuelles, ces prescriptions obligeaient les parties à réfléchir très sérieusement à l'exclusion de la procédure judiciaire et, par conséquent, si des travaux devaient être entrepris, ils devraient se limiter à l'élaboration d'un guide pratique. Bien que cette opinion ait eu des partisans, la Commission a décidé que des travaux devraient être entrepris à propos des questions découlant de l'alinéa 2 de l'article II de la Convention de New York et que l'on devait envisager, entre autres possibilités, d'entreprendre un travail législatif.

345. S'agissant de l'ampleur des travaux qui seraient menés sur l'alinéa 2 de l'article II de la Convention de New York, on a en général estimé que ces travaux pourraient porter sur les deux points généraux traités dans la note du secrétariat (A/CN.9/460, par. 22 à 31), à savoir: la question de la prescription de la forme écrite et ses implications pour ce qui est des moyens de communication modernes et du commerce électronique, et la question plus fondamentale de l'accord des parties à une convention d'arbitrage lorsque cette dernière n'avait pas été consignée dans un échange de lettres ou de télégrammes.

346. Outre ces deux points généraux, on a fait remarquer qu'il serait peut-être nécessaire d'accorder une attention particulière à des cas concrets qui posaient des problèmes graves au regard de la Convention de New York; il s'agit notamment de l'acceptation tacite ou verbale d'un bon de commande écrit ou d'une confirmation écrite de vente; d'un contrat conclu verbalement avec référence à des conditions générales écrites (par exemple, une référence verbale à une forme de sauvetage); ou certaines notes de courtiers, connaissements et autres instruments ou contrats qui transmettent des droits ou des obligations à des tiers non-signataires (à savoir

des tiers qui n'étaient pas parties à l'accord initial). On peut citer à cet égard les exemples suivants: transmissions à titre universel (successions, fusions, scissions et acquisitions de sociétés) ou à titre particulier (cession de contrat, de créances ou de dettes, novation, subrogation, stipulation pour autrui); ou encore, en cas de parties multiples, de groupe de contrats ou de groupe de sociétés, extension implicite de la convention d'arbitrage à des personnes qui n'y sont pas expressément parties (A/CN.9/460, par. 25).

347. Divers avis ont été exprimés quant à la façon de procéder pour actualiser la Convention de New York. On a notamment estimé que les questions relatives à la formation de la clause compromissoire devraient être traitées par le biais d'un protocole additionnel à la Convention de New York. On a expliqué que le remaniement de l'alinéa 2 de l'article II ou la promotion d'une interprétation uniforme de cet alinéa n'atteindraient leur objectif que s'ils étaient dotés de l'autorité nécessaire, sous la forme de dispositions conventionnelles de nature analogue à celles de la Convention de New York. Si certains intervenants se sont rangés à cet avis, d'autres ont craint qu'une tentative de révision de la Convention de New York ne mette en danger les excellents résultats obtenus au cours de plus de quarante années de reconnaissance et d'application internationales des sentences arbitrales étrangères grâce à l'acceptation de la Convention dans le monde entier. En réponse à cette crainte, on a toutefois fait remarquer que le succès même de la Convention de New York et son statut de norme mondiale devraient permettre à la CNUDCI d'entreprendre une révision limitée du texte si cela était nécessaire, afin d'adapter les dispositions de la Convention à l'évolution des réalités commerciales et pour faire en sorte qu'elle conserve, ou pour lui rendre, la place centrale qui est la sienne dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

348. D'autres intervenants ont estimé que l'on ne devrait pas entreprendre de réviser la Convention de New York directement, mais qu'il était possible de parvenir au résultat souhaité concernant l'alinéa 2 de l'article II en élaborant une loi type. Cette dernière, qui pourrait être à l'intention des législateurs nationaux, viserait à remplacer les dispositions dépassées de cet alinéa 2 de l'article II en se fondant sur la disposition sur la loi la plus favorable énoncée à l'article VII de la Convention. Si certains se sont déclarés partisans de cette solution, on a fait remarquer qu'elle ne serait envisageable que si l'alinéa 2 de l'article II n'était plus considéré comme une règle uniforme établissant la prescription de la forme écrite minimale, mais plutôt la prescription de forme maximale. On a fait remarquer qu'il n'était pas garanti actuellement qu'une telle interprétation soit acceptée dans le monde entier, et qu'elle ne pourrait l'être qu'à l'issue d'un

long processus d'harmonisation s'appuyant sur la jurisprudence. On a toutefois indiqué que la Commission pouvait contribuer utilement à l'accélération de ce processus en élaborant (outre une loi type) des principes directeurs ou d'autres textes n'ayant pas force obligatoire à l'intention des tribunaux qui les utiliseraient comme des conseils donnés par la communauté internationale pour l'application de la Convention de New York. On a également émis l'idée que toute loi type susceptible d'être élaborée au sujet de la formation de la convention d'arbitrage pourrait comporter une disposition s'inspirant de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, afin d'en faciliter l'interprétation par référence à des principes internationalement acceptés.

349. Selon une autre opinion encore, il faudrait rechercher une solution intermédiaire, afin d'éviter à la fois les risques que pourrait comporter une révision de la Convention de New York et les inconvénients qu'il pourrait y avoir à se contenter d'une harmonisation progressive grâce à une loi type et à l'interprétation de la jurisprudence. On a ainsi jugé que l'on pourrait envisager d'élaborer une convention distincte de la Convention de New York, en vue de traiter des cas qui échappent au champ d'application de cette dernière, y compris (non exclusivement) les cas où la convention d'arbitrage n'a pas respecté la prescription de forme établie à l'alinéa 2 de l'article II. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui. Selon une autre opinion, toutefois, l'expérience montrait que l'adoption et la ratification par un grand nombre de pays d'une nouvelle convention pouvait prendre de nombreuses années et il y aurait dans l'intervalle une absence d'uniformité peu souhaitable. On a indiqué que la solution proposée serait particulièrement appropriée pour traiter d'un certain nombre de cas concrets mentionnés plus haut et posant des problèmes sérieux au regard de la Convention de New York (voir par. 346). Toutefois, pour un certain nombre de ces cas (à savoir le transfert de droits ou d'obligations à des tiers non-signataires), on a jugé dans l'ensemble que les problèmes en jeu relevaient de questions générales relatives à la teneur et à la validité de l'opération sous-jacente. On a par conséquent douté qu'il soit souhaitable et possible de tenter de régler ces problèmes par le biais d'un ensemble de dispositions visant avant tout la formation de la convention d'arbitrage.

350. S'agissant de l'établissement des priorités, on a déclaré, qu'à moins qu'il ne soit envisagé de modifier la Convention de New York par un protocole ou d'élaborer des dispositions qui prendraient la forme d'un traité, les travaux sur les questions posées par l'alinéa 2 de l'article II de la Convention de New York ne devraient pas constituer une priorité, étant donné qu'on ne devait s'attendre à trouver

aucune solution satisfaisante. Un appui a été exprimé en faveur de cet avis. Toutefois, selon l'opinion qui a largement prévalu, la Commission devait, pour l'instant, reconnaître qu'il fallait accorder dans le programme des travaux futurs un degré de priorité élevé aux questions liées à la formation de la convention d'arbitrage, et qu'aucune des solutions proposées ci-dessus ne devait être écartée avant d'avoir été examinée attentivement par le Groupe de travail auquel cette tâche serait confiée (voir par. 380).

c. Arbitrabilité (A/CN.9/460, par. 32 à 34)

351. Il a été noté que les incertitudes quant au point de savoir si l'objet de certains litiges se prêtait ou non à l'arbitrage étaient source de problèmes dans l'arbitrage commercial international (par exemple, lorsque les arbitres ou les parties, notamment s'ils étaient des étrangers dans le pays de l'arbitrage, ignoraient qu'une question donnée ne pouvait être soumise à l'arbitrage, ou lorsque la loi n'était pas claire et les parties et les arbitres ne savaient pas dans quelle mesure une question pouvait faire l'objet d'une procédure arbitrale).

352. Selon certains avis, il pourrait être utile d'inclure la question de l'arbitrabilité dans le programme de travail, ou pour le moins de prier le secrétariat d'étudier cette question plus avant. Dans la mesure où cette question devrait être examinée, l'objectif ne devrait pas être de tendre vers l'uniformité, mais de promouvoir la transparence des solutions. Les activités pourraient, par exemple, être axées sur l'élaboration d'une disposition uniforme présentant trois ou quatre questions considérées en général comme non arbitrables et priant les États d'énumérer, immédiatement à la suite, toutes les autres questions considérées par eux comme non arbitrables.

353. Cependant, on a craint qu'une liste nationale des questions non arbitrables ne soit contraire à l'objectif visé, du fait de son manque de souplesse. Il a été déclaré que la question de l'arbitrabilité évoluait sans cesse (notamment par la jurisprudence) et que certains États pourraient juger peu souhaitable d'entraver cette évolution. Il a été convenu que cette question devrait recevoir un rang de priorité peu élevé.

d. Immunité de l'État souverain (A/CN.9/460, par. 35 à 50)

354. La Commission a noté que la Commission du droit international continuait d'examiner la question de l'immunité de l'État souverain et que l'Assemblée générale, par sa résolution 53/98 du 20 janvier 1999, avait décidé de créer un groupe de travail de la Sixième Commission chargé d'examiner, à la cinquante-quatrième session, les questions de fond restant à régler concernant le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, projet établi par la Commission du droit international.

355. La Commission a prié le secrétariat de suivre ces travaux et de faire rapport sur les résultats à une date appropriée.

e. Jonction de plusieurs instances arbitrales (A/CN.9/460, par. 51 à 61)

356. Il a été noté que la jonction de plusieurs instances arbitrales n'était pas une question nouvelle et qu'elle revêtait une importance pratique dans l'arbitrage international, notamment lorsqu'un certain nombre de contrats liés entre eux, ou une chaîne de contrats, étaient conclus. Il a donc été jugé qu'il pourrait être utile d'étudier plus avant cette question. Les opinions ont divergé, cependant, quant au rang de priorité à lui donner. Il pourrait aussi être utile que la Commission élabore des principes directeurs, afin d'aider les parties à rédiger des conventions d'arbitrage envisageant la jonction d'instances.

357. Selon un autre avis, il ne serait pas réaliste d'espérer réaliser à ce stade des progrès importants dans ce domaine et la question ne devrait pas être inscrite au programme de travail actuel. Après un débat, il a été décidé que cette question recevrait un rang de priorité peu élevé.

f. Confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales (A/CN.9/460, par. 62 à 71)

358. Il a été noté que la question de la confidentialité de l'information dans les procédures arbitrales présentait deux aspects. Le premier se rattachait au caractère "privé" de l'arbitrage, tel qu'il ressortait des règlements, des conventions ou des méthodes par lesquelles les participants à une procédure arbitrale veillaient à ce que les non-participants ne soient pas informés de la procédure. Le second se rattachait à l'obligation de confidentialité, c'est-à-dire l'obligation des participants à une procédure arbitrale de préserver la confidentialité des questions se rattachant à la procédure arbitrale. Il a été noté que, si la question du caractère privé de l'arbitrage était dans une certaine mesure traitée par les règlements d'arbitrage, tels que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les questions liées à la confidentialité l'étaient rarement dans les règlements d'arbitrage ou dans les lois nationales.

359. Certains ont estimé que cette question devrait être prioritaire. À l'appui de cet avis, il a été expliqué que les parties aux procédures arbitrales étaient de plus en plus préoccupées par l'absence de règles relatives à la confidentialité. On a jugé qu'il serait utile d'étudier toutes ces questions, qui étaient de plus en plus complexes et épineuses. Selon un autre avis, cette question mériterait certes d'être examinée, mais la Commission ne devrait pas lui donner un rang de priorité élevé, du fait de l'absence de toute solution viable.

Il semblait à certains peu probable que l'on aboutisse à autre chose qu'une règle disposant que "l'arbitrage est confidentiel, sauf si la loi en dispose autrement". Selon l'avis qui a prévalu, cette question, quoiqu'intéressante, n'était pas prioritaire.

g. Demandes aux fins de compensation (A/CN.9/460, par. 72 à 79)

360. Il a été expliqué que, parfois, dans une procédure arbitrale, le défendeur invoquait une créance qu'il avait contre le demandeur, non en tant que demande reconventionnelle, mais en tant qu'exception aux fins d'une compensation. Il a été noté que, si l'on supposait souvent qu'une créance invoquée aux fins de compensation devait entrer dans le champ d'application de la convention d'arbitrage, il existait des règles (telles que l'article 27 du Règlement d'arbitrage international de la Chambre de commerce de Zurich) qui étaient moins restrictives, dans la mesure où elles disposaient que le tribunal arbitral avait également compétence sur les exceptions invoquées aux fins de compensation, même si la créance compensée n'entrait pas dans le champ d'application de la clause compromissoire.

361. Selon certains avis, il était en général jugé bon qu'un tribunal arbitral ne puisse connaître d'une demande que si celle-ci entrait dans le champ d'application de la convention d'arbitrage et l'examen de cette question ne serait sans doute pas productif. Il a été convenu que la question devrait recevoir un rang de priorité peu élevé.

h. Décisions prises par des tribunaux arbitraux incomplets (A/CN.9/460, par. 80 à 91)

362. Il a été noté que si, durant une procédure arbitrale devant un tribunal composé de trois arbitres, l'un des arbitres démissionnait de mauvaise foi, peut-être en collusion avec l'une des parties, il ne serait peut-être pas équitable de retarder la procédure pour trouver un remplaçant à cet arbitre et que, dans certains cas, les deux arbitres restants devraient être habilités à poursuivre la procédure et prendre une décision en tant que tribunal "incomplet". Il a été noté que, plus la démission intervenait à un stade avancé de la procédure, plus les problèmes et la perte de ressources étaient graves. Il a été noté que certains règlements d'arbitrage (comme il est indiqué dans le document A/CN.9/460), permettaient, dans certaines circonstances, que les sentences soient prononcées par des tribunaux incomplets.

363. Selon certains avis, la question devrait être étudiée plus avant par le secrétariat et être examinée par la Commission. Certains ont considéré que cette question devrait être traitée au niveau des règlements d'arbitrage, alors que d'autres ont jugé que l'on pourrait également envisager une disposition législative type. Il a été noté qu'il existait déjà des solutions dans des règlements d'arbitrage, ainsi que des

exemples de solutions législatives. Selon un autre avis, les cas de tribunaux incomplets étaient rares dans la pratique. On a jugé qu'il ne serait pas souhaitable de tenter de légiférer sur cette question qui posait des problèmes délicats, notamment lorsqu'il s'agissait de reconnaître et d'exécuter une sentence prononcée par un tribunal incomplet et qu'il serait difficile d'arriver à des solutions concertées. On a fait remarquer que des tribunaux incomplets avaient statué même en l'absence de règles formelles. Il a été décidé que la question recevrait un rang de priorité peu élevé.

i. Responsabilité des arbitres (A/CN.9/460, par. 92 à 100)

364. Il a été noté que les lois nationales comportant des dispositions sur cette question se répartissaient en général en deux catégories. Dans une catégorie, l'accent était mis sur la délimitation de la responsabilité des arbitres, ainsi que, dans certains cas, d'autres participants (dans certains États de cette catégorie, les arbitres étaient considérés comme des juges et se voyaient accorder des immunités similaires). Dans l'autre catégorie, on s'attachait à décrire la norme de responsabilité (dans certains pays, les arbitres étaient considérés comme des spécialistes aux services rémunérés, auxquels s'appliquaient les normes de responsabilité applicables aux autres spécialistes). Dans de nombreux pays, cette question n'était pas traitée par la législation.

365. Selon un avis, cette question devrait être examinée plus en avant. Il a été déclaré que, comme de nombreux pays n'avaient pas de lois en la matière, il serait utile que la Commission donne des solutions types.

366. Selon un autre avis, vu les différentes approches adoptées selon les systèmes juridiques, la Commission ne devrait pas examiner cette question, car il était peu probable que l'on arrive à un consensus sur une solution viable. Si elle le faisait sans pouvoir parvenir à une solution, elle augmenterait inutilement l'importance du sujet et serait source de confusion. Il a été convenu que la question (qu'il serait plus approprié d'intituler "immunité des arbitres") devrait recevoir un rang de priorité peu élevé.

j. Pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts (A/CN.9/460, par. 101 à 106)

367. On a noté que le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts était une question très importante sur le plan pratique, qu'elle se posait souvent et pouvait concerner des sommes d'argent considérables. On a précisé que dans certains systèmes juridiques ce pouvoir n'était pas implicite en l'absence d'accord entre les parties et que la question englobait également les règles (relevant en grande partie du droit applicable au fond du litige) relatives à des questions

connexes telles que celles mentionnées au paragraphe 106 du document A/CN.9/460.

368. On a estimé que cette question était importante, qu'il pourrait être utile de l'étudier de façon plus approfondie et que l'absence de dispositions législatives types posait problème, en particulier dans les cas où cela empêchait le tribunal arbitral d'accorder des intérêts.

369. Selon une autre opinion, si cette question méritait d'être étudiée ultérieurement, elle n'était pas prioritaire, en particulier parce qu'elle était généralement traitée dans les contrats et que l'on devait laisser les parties en décider. On a déclaré toutefois que fournir des conseils et des solutions types faciliterait l'arbitrage. On a fait observer que le droit islamique interdisait d'accorder des intérêts, mais que cela n'empêchait pas de trouver des solutions appropriées pour les autres systèmes juridiques. On est convenu d'accorder un degré de priorité peu élevé à la question.

k. Frais d'arbitrage (A/CN.9/460, par. 107 à 114)

370. On a en général estimé qu'il n'était pas urgent de traiter les différentes questions relatives aux frais d'arbitrage. De nombreux règlements d'arbitrage comportaient des dispositions à cet égard et il valait mieux laisser aux parties le soin de s'accorder sur la question. On a décidé de ne pas placer cette question parmi les questions prioritaires.

l. Force exécutoire des mesures conservatoires (A/CN.9/460, par. 115 à 127)

371. On est largement convenu, au sein de la Commission, que la question de la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral était de la plus haute importance sur le plan pratique, mais que, dans de nombreux systèmes juridiques, elle n'était pas traitée de façon satisfaisante. On a estimé que les solutions que la Commission élaborerait à cet égard constitueraient une réelle contribution à la pratique de l'arbitrage commercial international. On a décidé de traiter cette question par la voie législative. Alors que certains intervenants ont estimé qu'élaborer une convention serait une façon satisfaisante de procéder, on s'est également exprimé en faveur de l'élaboration d'une législation type.

372. S'agissant de la teneur des travaux futurs, plusieurs observations et propositions ont été faites. Il a notamment été suggéré d'envisager, outre l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires dans l'État où l'arbitrage a lieu, l'exécution de ces mesures également hors du territoire de cet État. On a avancé que les travaux futurs pourraient avoir pour objectif de rendre exécutoires les mesures provisoires ou conservatoires au même titre que les sentences arbitrales,

mais qu'il ne fallait pas perdre de vue que ces mesures se distinguaient des sentences arbitrales en quelques points importants (ainsi, une mesure conservatoire pouvait être ordonnée par défaut, et revue par un tribunal arbitral à la lumière de circonstances nouvelles). En ce qui concerne les mesures adoptées par défaut, on a fait observer que, dans certains systèmes juridiques, elles ne pouvaient être ordonnées que pour une période limitée (10 jours, par exemple) et qu'une audience devait par la suite se tenir afin de revoir ladite mesure. Il a aussi été proposé d'examiner la question de l'aide des juridictions étatiques dans l'arbitrage (sous forme de mesures provisoires ou conservatoires avant le début de la procédure arbitrale).

373. On est convenu de ranger cette question parmi les premières priorités.

m. Possibilité d'exécution d'une sentence annulée dans l'État d'origine (A/CN.9/460, par. 128 à 144)

374. On est généralement convenu que les cas d'exécution d'une sentence annulée dans l'État d'origine, quoique rares, pourraient être la source de problèmes graves; ils donnaient lieu à des clivages et, à moins de trouver des solutions harmonisées, risquaient de gêner le bon fonctionnement du système d'arbitrage commercial international. On a donc jugé nécessaire que la Commission inscrive cette question à son ordre du jour et charge un groupe de travail d'étudier diverses solutions envisageables. Plusieurs solutions possibles ont été évoquées, sans que l'on en discute de façon approfondie.

375. Une de ces solutions consistait à faire une distinction entre les motifs de refus de l'exécution d'une sentence qui étaient reconnus internationalement et ceux qui ne l'étaient pas; cette solution pouvait s'inspirer de l'article IX de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961). Une autre solution était d'élaborer des dispositions qui compléteraient et préciseraient l'article VII de la Convention de New York, en vertu duquel une partie peut demander l'exécution d'une sentence arbitrale dans un État autre que celui où cette sentence a été prononcée, en se fondant sur des dispositions de droit plus favorables que celles de la Convention de New York. On a avancé qu'une autre solution pouvait être de ne pas tenir compte, aux fins de l'exécution, du seul fait que la sentence ait été annulée. On a noté qu'il pourrait être utile que la Commission publie une déclaration de principes sur la question.

376. On est convenu d'accorder à cette question un degré élevé de priorité.

n. Examen et révision possible de la Convention européenne (1961) de la Commission économique pour l'Europe

377. Pour ce qui est de l'examen actuel et d'une révision future possible de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (conclue en 1961 à Genève sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe, mentionnés dans la note du Secrétariat (A/CN.9/460, par. 6), des déclarations ont été faites par l'observateur de la CEE (ONU) et les deux vice-présidents du Groupe de travail spécial officieux (le "Groupe de travail du WP.5 sur la Convention d'arbitrage") établi à cette fin par le Groupe de travail des contrats internationaux en usage dans l'industrie (WP.5) de la CEE (ONU), la Commission a été informée que le Groupe de travail du WP.5 sur la Convention d'arbitrage avait pour mandat d'examiner la Convention européenne de 1961 pour déterminer si elle était toujours utile; si son utilité n'était pas remise en cause par les conventions existantes; et s'il était souhaitable de réviser cette convention afin d'en renforcer l'utilité pour les signataires actuels et les nouveaux signataires potentiels (et peut-être de la faire accepter à l'échelon mondial), ainsi que de faire rapport sur les problèmes actuels de l'arbitrage international et de faire des suggestions sur la manière dont ces problèmes pourraient être traités et sur l'organisation qui serait le mieux à même de le faire. La Commission a été invitée à envisager d'entreprendre conjointement cette tâche avec la CEE (ONU), dans l'exécution de son mandat de coordination et de coopération, et afin d'éviter tout double emploi.

378. La Commission est convenue qu'il faudrait éviter tout double emploi, qui serait source d'un gaspillage de ressources. C'est pourquoi, et de manière à éviter des résultats qui ne seraient pas cohérents, il était hautement souhaitable d'assurer une coordination et une coopération étroites. Afin de déterminer quel était le meilleur moyen d'arriver à ces fins, il fallait tenir dûment compte de la composition et du mandat des organisations en question. Dans ce contexte, il a été noté que tous les États européens et les quelques États membres non européens de la CEE (ONU), soit étaient membres de la Commission, soit pouvaient activement participer à ses délibérations; que la Commission était l'organe juridique central, au sein du système des Nations Unies, dans le domaine du droit commercial international; et que l'arbitrage commercial international était une question qui avait un caractère universel et que la Commission était mieux à même de traiter. Il a également été noté qu'il serait plus approprié qu'une organisation régionale traite des questions particulières intéressant essentiellement ou exclusivement sa région.

379. Par conséquent, la Commission a instamment prié la CEE (ONU), en particulier son Comité pour le développe-

ment du commerce, de l'industrie et des entreprises, lorsqu'ils détermineraient le mandat du Groupe de travail du WP.5 sur la Convention d'arbitrage, de se concentrer sur les questions propres à la région européenne ou sur le fonctionnement de la Convention européenne de 1961 (par exemple, son article IV et le mécanisme qui s'y rattache), et d'éviter d'examiner des questions d'intérêt général concernant l'arbitrage, qui seraient probablement traitées par le Groupe de travail de la CNUDCI sur l'arbitrage. La Commission a prié son secrétariat, dans la limite des ressources existantes, d'aider le Groupe de travail de la CEE (ONU) dans cette tâche. Il a été convenu que les mesures concrètes qui seraient prises pour assurer la coopération future entre les deux organisations devraient être adaptées à l'évolution de ces deux projets

D. Conclusion

380. Après avoir conclu le débat et l'échange de vues sur ses travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage commercial international, la Commission a décidé de confier ces travaux à un groupe de travail et a prié le secrétariat de préparer les études nécessaires. On a décidé que les thèmes que le groupe de travail devrait aborder en priorité seraient la conciliation (voir par. 340 à 343 ci-dessus), la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage (voir par. 344 à 350 ci-dessus), la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires (voir par. 371 à 373 ci-dessus) et la possibilité d'exécution d'une sentence annulée dans l'État d'origine (voir par. 374 et 375 ci-dessus). Le secrétariat devrait établir pour la première session du groupe de travail les documents nécessaires pour étudier au moins deux, éventuellement trois, de ces quatre thèmes. Concernant les autres thèmes abordés dans le document A/CN.9/460 et ceux proposés lors de la session de la Commission (voir par. 339 ci-dessus) et que l'on n'a pas jugé prioritaires, le groupe de travail devrait décider du moment et de la manière de les traiter.

Chapitre VII

Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité

381. La Commission était saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Cette proposition faisait référence aux récentes crises financières régionales et mondiales et aux travaux entrepris au sein d'instances internationales pour y faire face. Les rapports établis par ces instances soulignaient la nécessité de renforcer

le système financier international dans trois domaines: transparence; responsabilisation; et gestion des crises financières internationales par les systèmes financiers nationaux. Selon ces rapports, des régimes solides en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers constituaient un moyen important de prévenir ou de circonscrire les crises financières et de faciliter la restructuration rapide et ordonnée d'un endettement excessif. Dans la proposition dont était saisie la Commission, il était avancé que, vu le caractère universel de sa composition et les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale, ainsi que ses relations de travail avec des organisations internationales ayant des compétences et des intérêts particuliers dans le domaine du droit de l'insolvabilité, la Commission constituait une instance appropriée pour examiner la question du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition, la Commission était instamment priée d'envisager de confier à un groupe de travail l'élaboration d'une loi type sur l'insolvabilité des sociétés, afin de promouvoir et d'encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière.

382. La Commission s'est félicitée de cette proposition. Elle a noté que divers projets avaient déjà été entrepris par d'autres organisations internationales, telles que le Fonds monétaire international, la Banque mondiale et l'Association internationale du barreau dans le domaine de l'élaboration de normes et de principes pour les régimes d'insolvabilité. Elle a noté que l'objectif de ces organisations, dont le domaine d'activité et les méthodes de travail étaient différents du fait de leur mandat et de leur composition, était de moderniser les pratiques et les lois en matière d'insolvabilité. Les initiatives prises au sein de ces organisations étaient la preuve qu'il fallait aider les États à réévaluer leurs lois et pratiques en la matière. Il fallait toutefois également renforcer la coopération, s'il y avait lieu, entre ces diverses initiatives, afin d'éviter les doubles emplois et d'arriver à des résultats cohérents.

383. La Commission s'est déclarée consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes solides en matière d'insolvabilité. Selon une opinion, le type de régime adopté par un pays était devenu un facteur de première importance dans les cotes de solvabilité internationales. On s'est toutefois déclaré préoccupé par les difficultés qu'entraîneraient des travaux à l'échelon international dans le domaine du droit de l'insolvabilité, car cela supposait des choix sociopolitiques difficiles et potentiellement divergents. Vu ces difficultés, on a craint que ces travaux n'aboutissent pas. On a déclaré qu'il ne serait très probablement pas possible d'élaborer une loi type universellement acceptable et que les travaux dans ce domaine devraient se fonder sur une approche souple laissant aux États divers choix et options. Cette notion d'approche souple a certes reçu un écho favorable, mais il a

été dans l'ensemble convenu que la Commission ne pourrait prendre une décision définitive et s'engager à constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une loi type ou un autre texte sans procéder auparavant à une étude des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

384. Afin de faciliter cette étude, la Commission a été invitée par le secrétariat à envisager de consacrer une session d'un groupe de travail à la détermination de ce qui pourrait constituer, dans le contexte actuel, un produit approprié (loi type, dispositions types, ensemble de principes ou autre texte) et à la délimitation du champ des questions qui seraient incluses dans ce produit. Des avis divergents ont été exprimés sur ce point. Selon un avis, davantage de travaux préparatoires devraient être entrepris par le secrétariat et présentés à la Commission à sa trente-troisième session avant qu'une décision ne soit prise sur le lancement de travaux de fond relatifs à l'élaboration d'une loi uniforme ou d'un autre texte ayant valeur de recommandation. Selon un autre avis, cette question pourrait être examinée lors d'une session d'un groupe de travail, afin que les divers aspects puissent être examinés au préalable, et un rapport serait soumis à la Commission à sa trente-troisième session, en 2000, concernant la possibilité d'entreprendre des travaux dans le domaine de l'insolvabilité. La Commission disposerait alors de suffisamment de renseignements pour prendre une décision définitive sur ce point. Il a été souligné que les travaux préparatoires de la session du groupe de travail exigeraient une coordination avec d'autres organisations internationales déjà actives dans le domaine du droit de l'insolvabilité, car les résultats de leurs travaux constitueraient des éléments importants à prendre en considération dans les délibérations qui aboutiraient à une recommandation sur la contribution que pourrait utilement apporter la Commission dans ce domaine. Il a été noté que l'importance et l'urgence des travaux sur le droit de l'insolvabilité avaient été soulignées au sein d'un certain nombre d'organisations internationales et il a été convenu que davantage de travaux étaient requis pour promouvoir l'élaboration et l'adoption de régimes nationaux efficaces en matière d'insolvabilité des sociétés.

385. Selon l'avis qui a prévalu au sein de la Commission, une session exploratoire d'un groupe de travail devrait être organisée en vue de l'élaboration d'une proposition sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre, proposition qui serait soumise à la Commission à sa trente-troisième session. Par la suite, après que la Commission eut étudié les travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage (voir par. 380), il a été décidé que le groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité tiendrait cette session exploratoire à Vienne du 6 au 17 décembre 1999.

Chapitre VIII

Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI

386. La Commission a noté avec satisfaction les travaux en cours dans le cadre du système mis en place pour la collecte et la diffusion de la jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI (CLOUT). Il a noté que ce système constituait un moyen important de promouvoir une interprétation et une application uniformes des textes de la CNUDCI en donnant la possibilité aux personnes intéressées, notamment les juges, arbitres, avocats ou parties à des opérations commerciales, de prendre en compte les décisions et sentences d'autres juridictions et de rendre leurs jugements, de donner une opinion, ou d'ajuster leurs actions en fonction de l'interprétation acceptée de ces textes.

387. La Commission a pris note du rôle précieux que jouaient les correspondants nationaux dans la collecte des décisions judiciaires et sentences arbitrales pertinentes et dans la préparation de résumés en vue de leur compilation et de leur distribution par le secrétariat. Il a toutefois été noté que les contributions des correspondants nationaux étaient très inégales, pour ce qui est tant de l'ampleur des rapports que de la qualité des résumés établis. Il a été noté que des améliorations dans ces deux domaines permettraient de rendre sensiblement plus fiable le système et éviteraient au secrétariat d'avoir à effectuer des révisions importantes.

388. Il a par ailleurs été noté qu'alors que 58 juridictions avaient nommé des correspondants nationaux, 30 autres ne l'avaient pas encore fait. Ces dernières étaient habilitées à procéder à une telle nomination, soit parce qu'elles étaient parties à une convention de la CNUDCI en vigueur, soit parce qu'elles avaient adopté une législation fondée sur une loi type de la CNUDCI. Notant qu'il importait que toutes les juridictions soumettent des rapports uniformes, la Commission a prié instamment les États ne l'ayant pas encore fait de désigner un correspondant national. Elle les a également instamment priés d'aider dans toute la mesure possible les correspondants nationaux dans leur tâche.

389. Il a en outre été noté que le nombre d'États ayant adhéré à des conventions ou ayant adopté des lois fondées sur des lois types élaborées par la Commission avait augmenté sensiblement, de même que, par conséquent, le nombre de décisions fondées sur ces textes. On s'est déclaré vivement préoccupé par l'augmentation de la charge de travail qui en découlait pour le secrétariat de la Commission; ce dernier ne pourrait sans doute pas la supporter plus longtemps sans une augmentation sensible de ses effectifs.

Chapitre IX

Formation et assistance technique

390. La Commission était saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/461) présentant les activités entreprises depuis la dernière session et indiquant l'orientation des futures activités prévues, compte tenu en particulier de l'augmentation des demandes reçues par le secrétariat. Il a été noté que les activités de formation et d'assistance technique prenaient ordinairement la forme de séminaires et de missions d'information, qui avaient pour but d'expliquer les principales caractéristiques des textes de la CNUDCI et les avantages que les États pouvaient tirer de leur adoption.

391. On a indiqué qu'avaient été organisés, depuis la dernière session, les séminaires et missions d'information suivants: Lusaka (Zambie), du 20 au 22 avril 1998; Yaoundé (Cameroun), le 27 avril 1998; Douala (Cameroun), du 28 au 30 avril 1998; Manama (Bahreïn), les 12 et 13 mai 1998; La Paz (Bolivie), le 18 mai 1998; Cochabamba (Bolivie), le 20 mai 1998; Santa Cruz (Bolivie), le 22 mai 1998; Lima (Pérou), du 25 au 29 mai 1998; Bakou (Azerbaïdjan), les 24 et 25 septembre 1998; Oulan-Bator (Mongolie), du 21 au 23 octobre 1998; Beijing (Chine), du 26 au 30 octobre 1998; Bucarest (Roumanie), les 29 et 30 octobre 1998; Sofia (Bulgarie), les 2 et 3 novembre 1998; Shangai (Chine), du 4 au 6 novembre 1998; Sao Paulo (Brésil), le 16 novembre 1998; Brasilia (Brésil), les 19 et 20 novembre 1998; Caracas (Venezuela), du 24 au 27 novembre 1998; Buenos Aires (Argentine), les 30 novembre et 1^{er} décembre 1998; Guatemala (Guatemala), les 11 et 12 mars 1999; Mexico (Mexique), du 15 au 17 mars 1999 et Monterrey, Nuevo León (Mexique), le 20 mars 1999. Le secrétariat de la Commission a indiqué qu'il avait été impossible d'accéder à un certain nombre de demandes en raison du manque de ressources et que pour le reste de l'année 1999 il pourrait être satisfait à une partie seulement des demandes faites par des pays d'Afrique, d'Asie, d'Amérique latine et d'Europe orientale.

392. La Commission a remercié le secrétariat pour les activités entreprises depuis la dernière session et souligné combien le programme de formation et d'assistance technique était important pour faire mieux connaître ses travaux et diffuser des informations sur les textes juridiques qu'elle avait élaborés. On a fait observer que la formation et l'assistance technique étaient particulièrement utiles aux pays en développement qui manquaient de connaissances spécialisées dans les domaines du droit commercial sur lesquels portaient les travaux de la CNUDCI. On a fait observer que ces activités pouvaient jouer un rôle important dans l'intégration économique que de nombreux pays s'efforçaient de réaliser.

393. La Commission a pris note des diverses formes que pouvait prendre l'assistance technique offerte aux États préparant des lois fondées sur les textes de la CNUDCI: examen d'avant-projets de textes de lois sur la base des textes de la CNUDCI; élaboration d'une réglementation pour l'application de ces lois; commentaires sur les rapports des commissions de réforme du droit; réunions d'information à l'intention des législateurs, des juges, des arbitres, des responsables de la passation des marchés et d'autres utilisateurs des textes de la CNUDCI incorporés dans le droit interne. Il a été noté que la vague de réformes du droit commercial était pour la Commission une occasion unique de promouvoir avec force les objectifs d'une coordination et d'une accélération sensibles du processus d'harmonisation et d'unification du droit commercial international, tels qu'envisagés par l'Assemblée générale dans sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966.

394. La Commission a pris note avec satisfaction des contributions de la Finlande, de la Grèce et de la Suisse au titre du programme de séminaires. Elle a également exprimé ses remerciements au Cambodge, au Kenya et à Singapour pour les contributions qu'ils avaient versé au Fonds d'affectation spéciale pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI. Elle a par ailleurs remercié les autres États et organisations qui avaient contribué à son programme de formation et d'assistance technique en fournissant des fonds ou du personnel ou en accueillant des séminaires. Soulignant l'importance des ressources extrabudgétaires pour le financement des activités de formation et d'assistance technique, la Commission a de nouveau appelé tous les États, les organisations internationales et les autres entités intéressées à envisager de verser des contributions à ses fonds d'affectation spéciale afin de permettre à son secrétariat de faire face à la demande croissante de formation et d'assistance émanant des pays en développement et des États nouvellement indépendants, et aux représentants des pays en développement d'assister à ses réunions. Il a été proposé, pour remédier aux difficultés financières auxquelles était confrontées la Commission, de tenter d'encourager le secteur privé à contribuer au financement de son programme d'assistance et de formation, étant donné, en particulier, que ce secteur tirait des grands avantages de l'ensemble de ses travaux dans le domaine du droit commercial international.

395. Compte tenu des ressources limitées, budgétaires ou extrabudgétaires, dont disposait son secrétariat, on a déclaré craindre fortement que la Commission ne puisse pas s'acquitter pleinement de son mandat en matière de formation et d'assistance technique. On s'est aussi inquiété de ce que, sans une coopération et une coordination efficaces entre les

organismes d'aide au développement qui fournissent ou financent une assistance technique et le secrétariat, l'assistance internationale ne conduise à l'adoption, au niveau national, de lois qui ne correspondraient pas aux normes convenues au niveau international, notamment aux conventions et aux lois types de la CNUDCI.

396. En ce qui concerne le programme de stages du secrétariat de la Commission, d'aucuns se sont déclarés préoccupés par le fait que la majorité des participants étaient des nationaux de pays développés. Tous les États ont été exhortés à envisager de soutenir des programmes qui favorisent la participation des nationaux de pays en développement au programme de stages.

397. Afin d'assurer l'exécution efficace de son programme de formation et d'assistance ainsi que la publication et la diffusion en temps voulu de ses travaux, la Commission a décidé de recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général d'augmenter sensiblement les ressources à la fois humaines et financières de son secrétariat.

Chapitre X

État et promotion des textes de la CNUDCI

398. Sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/462), la Commission a examiné l'état des conventions et lois types issues de ses travaux ainsi que l'état de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Elle a noté avec satisfaction les nouvelles mesures prises par des États et juridictions après le 12 juin 1998 (date de clôture de sa trente et unième session) concernant les instruments ci-après:

a) *Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, conclue à New York le 14 juin 1974 et modifiée par le Protocole du 11 avril 1980*. Nombre d'États parties: 17;

b) *Convention [non modifiée] sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974)*. Nouvelles mesures: Burundi; nombre d'États parties: 24;

c) *Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)*. Nouvelles mesures: Burundi; nombre d'États parties: 26;

d) *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)*. Nouvelles mesures: Burundi, Croatie, Kirghizistan, Pérou et Uruguay; nombre d'États parties: 56;

e) *Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988)*. Deux États sont parties à la Convention. Il faut huit adhésions supplémentaires pour qu'elle entre en vigueur;

f) *Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991)*. Nouvelles mesures: Égypte; deux États sont parties à la Convention. Il faut trois adhésions supplémentaires pour qu'elle entre en vigueur;

g) *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995)*. Nouvelles mesures: El Salvador, Koweït et Tunisie; cinq États sont parties à la Convention. Elle entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2000;

h) *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)*. Nouvelles mesures: Liban, Mozambique, Oman, République démocratique populaire lao, République de Moldova; nombre d'États parties: 121;

i) *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 1985*. Nouveaux pays ayant adopté une législation fondée sur la Loi type: Macau;

j) *Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, 1992*;

k) *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, 1994*;

l) *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, 1996*. Nouvelles juridictions ayant adopté une législation fondée sur la Loi type: République de Corée, Singapour et, aux États-Unis d'Amérique, Illinois;

m) *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, 1997*.

399. On s'est félicité des mesures législatives prises sur la base des textes élaborés par la Commission. Il a été demandé aux États qui avaient adopté ou étaient sur le point d'adopter une loi type élaborée par la Commission, ou qui envisageaient de prendre des mesures législatives concernant une convention issue des travaux de la Commission, d'en informer le secrétariat de cette dernière. Une telle information serait utile aux autres États qui envisageaient des mesures législatives analogues. On a remercié le secrétariat d'avoir créé sur l'Internet un site où l'on peut accéder aux documents de la CNUDCI. Étant donné les difficultés qu'il rencontrait pour mettre les documents dans toutes les langues officielles et en temps voulu, il a été convenu qu'il fallait augmenter considérablement les ressources dont il disposait à cette fin.

400. Des représentants et observateurs d'un certain nombre d'États ont indiqué que des mesures officielles étaient envisagées en vue d'une adhésion aux diverses conventions et de l'adoption des lois fondées sur les différentes lois types élaborées par la CNUDCI. On a noté que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique était devenue la seule source commune souvent citée par de nombreux pays. Selon une opinion, son adoption récente par la Commission de la technique et des pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale favoriserait probablement la ratification de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by.

401. Il a été noté que, malgré l'intérêt et l'utilité universels de ces textes, un certain nombre d'États n'en avaient pas encore adopté un seul. Les représentants et observateurs ayant participé aux réunions de la Commission et de ses groupes de travail ont été exhortés à contribuer, dans la mesure où ils le jugeaient eux-mêmes approprié, à faciliter l'examen des textes de la Commission par les organes législatifs de leurs pays. On a estimé que la publication d'articles dans les revues de droit et la tenue de conférences visant à examiner les textes de la CNUDCI pourraient être utiles à cette fin. On a aussi estimé que l'on pourrait faciliter l'examen d'un texte de la CNUDCI par les organes législatifs en attirant l'attention du secrétariat de la Commission sur toute préoccupation que pouvait susciter ce texte afin qu'elle soit prise en considération.

Chapitre XI

Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission

402. La Commission a pris note avec satisfaction de la résolution 53/103 de l'Assemblée générale, en date du 8 décembre 1998, dans laquelle l'Assemblée la félicitait de l'avancement de ses travaux sur le financement par cession de créances, le commerce électronique, les projets d'infrastructure à financement privé et l'incorporation dans les législations nationales de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). La Commission a aussi pris note avec satisfaction du paragraphe 3 de cette résolution, où l'Assemblée la félicitait d'avoir organisé la "Journée de la Convention de New York" pour commémorer le quarantième anniversaire de cette convention.

403. La Commission a également constaté avec satisfaction qu'au paragraphe 4 de la résolution 53/103, l'Assemblée générale engageait les gouvernements qui ne l'avaient pas encore fait à répondre au questionnaire sur le régime juri-

dique régissant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères qui leur avait été adressé par le secrétariat.

404. En outre, la Commission a noté qu'au paragraphe 6 de la résolution 53/103, l'Assemblée générale avait réaffirmé que la Commission, en tant que principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, avait pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine et, à cet égard, avait engagé tous les organismes du système des Nations Unies et invité les autres organisations internationales à garder à l'esprit le mandat de la Commission et la nécessité d'éviter tout gaspillage d'efforts et de favoriser l'efficacité et la cohérence dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international, et avait recommandé à la Commission de continuer, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organes et organismes internationaux, y compris les organismes régionaux qui s'occupaient du droit commercial international.

405. La Commission a pris note en l'appréciant de la décision prise par l'Assemblée générale au paragraphe 7 de sa résolution 53/103 de réaffirmer l'importance, en particulier pour les pays en développement, de l'œuvre que la Commission accomplissait en matière de formation et d'assistance technique dans le domaine du droit commercial international, notamment pour l'élaboration de législations nationales fondées sur les textes juridiques issus de ses travaux, ainsi que de l'affirmation au paragraphe 8, qu'il était souhaitable que la Commission s'efforce de parrainer un plus grand nombre de séminaires et de colloques afin de fournir cette formation et cette assistance technique.

406. La Commission a aussi noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 8 b) de sa résolution 53/103, avait invité instamment les gouvernements, les organes, organismes et institutions des Nations Unies compétents et les particuliers à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI et, le cas échéant, à aider le secrétariat de la Commission à financer et organiser des séminaires et des colloques, en particulier dans des pays en développement, ainsi qu'à accorder des bourses à des candidats de pays en développement pour leur permettre de participer à ces séminaires et colloques. En outre, il a été noté que l'Assemblée générale, au paragraphe 9 de la même résolution, avait engagé le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes responsables de l'aide au développement, tels que la Banque mondiale et la Banque européenne pour la reconstitution et le développement, ainsi que les gouvernements dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme de formation et

d'assistance technique de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes.

407. La Commission s'est également félicitée que l'Assemblée générale, au paragraphe 10 de sa résolution 53/103, ait instamment invité les gouvernements, les organes, organismes et institutions des Nations Unies compétents et les particuliers à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général, pour assurer la pleine participation de tous les États Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail. (Ce fonds d'affectation spéciale a été créé en application de la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993.) La Commission a pris note avec satisfaction de la décision prise par l'Assemblée générale, au paragraphe 11, de continuer à envisager, dans le cadre de la grande commission compétente au cours de la cinquante-troisième session, l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays les moins avancés qui étaient membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général.

408. La Commission a accueilli avec satisfaction la demande faite au Secrétaire général par l'Assemblée générale, au paragraphe 12 de la même résolution, de veiller à l'application effective du programme de la Commission. Elle espérait, en particulier, que des ressources suffisantes seraient allouées à son secrétariat pour lui permettre de faire face à la demande accrue de formation et d'assistance. Elle a toutefois déploré qu'en dépit de la demande de l'Assemblée générale, son secrétariat manque en général de fonds. En conséquence, il était dans l'impossibilité de publier l'*Annuaire de la CNUDCI* et des brochures où figuraient les textes issus des travaux de la Commission et ne pouvait satisfaire toutes les demandes d'assistance technique.

409. La Commission a noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 13 de sa résolution 53/103, avait souligné qu'il importait de donner effet aux conventions issues des travaux de la CNUDCI, et, à cette fin, avait invité instamment les États qui ne l'avaient pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer.

Chapitre XII

Coordination et coopération

A. Droit des transports

410. Il a été rappelé qu'à sa vingt-neuvième session, en 1996, la Commission, bien qu'elle n'eût pas inscrit l'examen des questions relatives au droit des transports à son ordre du jour, avait décidé que le secrétariat centraliserait la collecte d'informations, d'idées et d'opinions concernant les problèmes qui se posaient dans la pratique dans ce domaine et les solutions que l'on pouvait y apporter. Pour cette opération qui devait être aussi étendue que possible, il convenait de faire appel non seulement aux gouvernements, mais aussi aux organisations internationales qui représentaient les secteurs commerciaux intervenant dans le transport de marchandises par mer, telles que le Comité maritime international (CMI), la Chambre de commerce internationale, l'Union internationale d'assurances transports, la Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés, la Chambre internationale de la marine marchande et l'Association internationale des ports (AIP)²⁸.

411. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission a entendu une déclaration faite au nom du CMI dans laquelle celui-ci se félicitait de l'invitation à coopérer avec le secrétariat pour obtenir les vues des secteurs intervenant dans le transport international des marchandises et analyser ces informations afin de permettre à la Commission de se prononcer en toute connaissance de cause sur la marche à suivre²⁹.

412. La Commission a vivement approuvé, à cette session, les travaux exploratoires entrepris par le CMI et le secrétariat. Elle a remercié le premier d'avoir accepté de se lancer dans cet important projet d'envergure, pour lequel aucun précédent ou presque n'existait au niveau international. Elle espérait être informée de l'avancement des travaux et pouvoir examiner les opinions et suggestions qui seraient formulées³⁰.

413. À la session en cours, il a été déclaré, au nom du CMI, que l'Assemblée et le Conseil exécutif du CMI s'étaient félicités qu'on ait entrepris de recueillir des informations sur des questions relatives au droit international des transports, pour lesquelles aucune harmonisation n'avait encore eu lieu au niveau international, et qu'un groupe de travail ait été chargé, au sein du CMI, d'étudier un large éventail de questions relatives au droit international des transports en vue de recenser les domaines dans lesquels une unification ou une harmonisation étaient requises par les industries concernées. Lors de cette étude, il est apparu que lesdites industries portaient un grand intérêt à la réalisation de ce projet et qu'elles se proposaient d'y participer en apportant leurs

connaissances techniques et juridiques. À en juger par cette réaction favorable et par les premières conclusions auxquelles le groupe de travail du CMI était parvenu, il a semblé qu'une harmonisation plus poussée du droit des transports profiterait énormément au commerce international. Le groupe de travail avait repéré un certain nombre de points qui n'étaient pas traités par les instruments d'unification existants et qui étaient réglementés par des lois nationales, qui n'étaient toutefois pas harmonisées au niveau international. Dans le domaine du commerce électronique, ce manque d'harmonisation se faisait encore plus sentir. On a également indiqué que le groupe de travail avait constaté qu'il existait de nombreux points de convergence entre les différents types de contrats passés aux fins du commerce et du transport internationaux de marchandises (contrats de vente, contrats de transport, contrats d'assurance, lettres de crédit, contrats de réexpédition et autres contrats annexes). Le groupe de travail tentait de mettre au clair la nature et la fonction de ces relations et de recueillir et analyser les règles qui les gouvernent. Cela l'amènerait ultérieurement à réévaluer les principes de responsabilité, au vu de leur compatibilité avec les règles relatives au transport des marchandises en général.

414. On a en outre indiqué que le groupe de travail du CMI avait entrepris une enquête pour laquelle il avait envoyé un questionnaire à toutes les organisations membres du CMI couvrant un grand nombre de systèmes juridiques. Parallèlement, les organisations internationales intéressées et celles qui s'occupent de transport international avaient été invitées à prendre part à une réunion devant se tenir le 30 juin 1999 à Londres, où des points particuliers intéressant ces organisations seraient examinés et ajoutés à l'ordre du jour du groupe de travail.

415. Le CMI avait l'intention, une fois reçues les réponses à son questionnaire, de créer un sous-comité international chargé d'analyser les informations communiquées et de définir une base de travail en vue d'harmoniser la législation en matière de transport international de marchandises. On a précisé que l'enthousiasme dont l'industrie avait jusqu'ici fait preuve et les premières conclusions auxquelles on était parvenu concernant les domaines du droit exigeant une meilleure harmonisation laissent supposer que ce projet pourrait, à terme, déboucher sur un instrument d'harmonisation universellement acceptable. Le CMI a assuré à la Commission qu'il lui apporterait son aide pour l'élaboration d'un tel instrument.

416. Rendant hommage à la Commission pour son étroite collaboration avec le CMI dans le domaine du droit des transports, le représentant du Comité a évoqué la nécessité d'un échange d'idées créatif entre experts venant de divers secteurs s'intéressant aux transports de marchandises, de

différents systèmes juridiques et de pays à différents stades de développement. À cet égard, il a été rappelé que la Commission avait organisé à plusieurs occasions des manifestations (telles que la Journée de la Convention de New York le 10 juin 1998, pendant sa trente et unième session tenue en 1998 et il a été estimé qu'il serait utile de procéder à un tel échange d'idées dans le cadre d'un colloque qui réunirait le plus de participants possible et serait organisé pendant la session annuelle de la Commission, en 2000.

417. Suite à la déclaration faite au nom du CMI, des remerciements ont été adressés au Comité pour les travaux réalisés jusque-là; l'annonce d'une étude, qui ne se limiterait pas à la responsabilité des transporteurs mais examinerait aussi l'interdépendance de plusieurs contrats utilisés dans le transport international de marchandises, ainsi que la nécessité de donner une assise juridique aux pratiques modernes en matière de contrats et de transports, a été accueillie avec intérêt. Il a été indiqué que les divergences croissantes dans le domaine du transport international de marchandises étaient une source de préoccupation et qu'afin de donner une certaine base juridique aux pratiques modernes en matière de contrats et de transports, il était nécessaire de ne pas se limiter aux questions liées à la responsabilité et, au besoin, de reconsidérer les positions adoptées par le passé. En outre, il a été dit que plusieurs initiatives régionales menées dans le domaine du droit des transports devaient être examinées et prises en considération dans tout travail qui serait entrepris dans le domaine du droit.

418. La Commission a remercié le CMI d'avoir donné suite à sa demande de coopération et elle a prié le secrétariat de continuer à collaborer avec celui-ci dans la collecte et l'analyse d'informations. Elle espérait qu'un rapport lui serait remis à une prochaine session, dans lequel seraient présentés les résultats de l'étude ainsi que des propositions de travaux futurs.

B. Comité consultatif juridique Afrique-Asie

419. Il a été déclaré au nom du Comité consultatif juridique Afrique-Asie que ce dernier examinait les rapports sur les travaux de la CNUDCI lors de ses sessions annuelles. Le Comité se félicitait des travaux de la Commission sur les projets d'infrastructure à financement privé, avait pris note avec satisfaction des progrès considérables que celle-ci avait réalisés dans l'élaboration d'un projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement, avait approuvé les travaux qu'elle avait entrepris sur le commerce électronique et avait réitéré son soutien aux travaux qu'elle menait

actuellement dans le domaine de l'arbitrage. La Commission a été informée de la résolution adoptée à la session que le Comité a tenue en 1999, résolution dans laquelle le Secrétaire général du Comité a été chargé d'étudier la possibilité d'organiser un séminaire ou un atelier en 1999, en collaboration avec la CNUDCI et la CNUCED. La Commission s'est félicitée de cette déclaration et s'est réjouie de tous les efforts déployés en vue de renforcer la coopération avec le Comité consultatif juridique Afrique-Asie.

C. Institut international pour l'unification du droit privé

420. La Commission a été informée qu'outre la future convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, les points ci-après figuraient au programme de travail de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit): le franchisage, les questions de commerce électronique en rapport avec la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (Convention CMR), la révision et le développement des Principes d'Unidroit en matière de contrats commerciaux internationaux et les aspects transnationaux de la procédure civile. On a fait observer qu'un groupe d'étude examinait l'élaboration d'un guide juridique sur le franchisage international. Il a également été indiqué qu'un autre groupe d'étude examinait la possibilité de modifier ou de compléter la Convention CMR de sorte qu'elle tienne suffisamment compte des moyens de communication électroniques. En ce qui concerne les Principes, il a été déclaré que ceux-ci étaient actuellement revus, afin que des questions comme la représentation, la cession, les droits de compensation et la prescription des actions soient prises en considération. S'agissant de la procédure civile, il a été dit qu'un groupe d'étude examinait, en collaboration avec l'American Law Institute, les règles nationales de la procédure civile qui étaient communes à de nombreux systèmes juridiques et pouvaient servir de base à un ensemble de règles de procédure transnationales.

421. La Commission s'est félicitée de la collaboration avec Unidroit. Il a été estimé que cette collaboration était nécessaire à une utilisation optimale des ressources allouées à chaque organisation en faveur de l'unification du droit.

Chapitre XIII Questions diverses

A. Demande d'approbation des Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98) et des Règles

uniformes pour les “Contract Bonds” (RUCB)

422. La Commission était saisie d'une note par laquelle l'Institute of International Banking Law and Practice la priait d'envisager de recommander que les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98), approuvées par la Commission de technique et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale, soient utilisées dans le monde entier. La Commission a également été informée d'une demande que lui a adressée le Secrétaire général de la Chambre de commerce internationale (CCI) afin qu'elle envisage de reconnaître et d'approuver formellement les Règles uniformes pour les “Contract Bonds” (RUCB). Pour l'examen de ces questions, la Commission était saisie du texte des RPIS 98 (A/CN.9/459) et de celui des RUCB (A/CN.9/459/Add.1).

423. Il a été rappelé que la Commission avait approuvé les INCOTERMS 1990 à sa vingt-cinquième session, en 1992³², et les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500) à sa vingt-septième session, en 1994³³. On a évoqué l'importance des RPIS 98 en tant que règles privées de caractère pratique applicables aux lettres de crédit stand-by. On a fait remarquer que c'était durant les délibérations du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de la CNUDCI, qui avaient abouti à l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, qu'était née l'idée d'élaborer de telles règles. Les RPIS 98 ont été conçues de manière à compléter la Convention, dont l'utilisation est recommandée dans leur préface officielle. L'élaboration des RPIS 98 a elle-même donné lieu à des consultations régulières avec le secrétariat de la CNUDCI et elle a été l'occasion de promouvoir l'adoption de la Convention. C'est avec une satisfaction particulière que la Commission a noté que la Commission de technique et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale avait recommandé l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by.

424. On a également évoqué l'importance des RUCB, qui constituent un outil pratique digne d'éloge, et la nécessité de les faire plus largement connaître.

425. La Commission s'est félicitée des travaux qui avaient abouti à l'élaboration de ces règles et pratiques et a accueilli avec satisfaction les demandes d'approbation y relatives. Toutefois, si plusieurs délégations ont émis le souhait d'approuver le texte des RPIS 98 et des RUCB à la session en cours, d'autres ont indiqué que, la publication tardive du document A/CN.9/459 et Add.1 ne leur ayant pas permis de

mener les consultations préalables nécessaires, elles n'étaient pas disposées à approuver ces textes à cette session. La Commission s'est jugée contrainte, avec regret, de reporter la question de l'approbation à sa session suivante.

B. Association pour le droit commercial

426. La Commission a rappelé que l'Association pour le droit commercial avait été créée en 1997 en tant qu'association internationale non gouvernementale et lieu de rencontre pour les particuliers, organisations et institutions souhaitant appuyer la Commission dans ses travaux. Elle a pris note des projets que l'on se proposait de soumettre à l'Association et qui portent notamment sur la création d'un réseau de correspondants en vue de favoriser l'essor d'activités liées aux travaux de la CNUDCI partout dans le monde et de faire connaître ces activités; la publication d'un bilan annuel des travaux liés aux activités de la CNUDCI; l'octroi d'une assistance (documents et informations pertinents et appui) pour l'élaboration des textes de la CNUDCI; la mise sur pied d'un programme de bourses et d'un programme à l'intention des universitaires; la coordination des efforts de réforme du droit menés par la CNUDCI et d'autres organisations internationales, la coordination et la mise en commun des ressources; la fourniture de conseils au Secrétariat quant aux thèmes possibles des futurs projets, octroi d'une aide pour le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI; et la recherche, auprès du secteur privé, d'un appui en faveur de la CNUDCI et de ses travaux.

427. La Commission a entendu avec intérêt une déclaration où il était suggéré, pour faire avancer ces projets et faire mieux connaître et comprendre la CNUDCI et ses travaux, d'organiser, parallèlement à la trente-troisième session de la Commission, en l'an 2000, une rencontre d'une journée. Ce serait l'occasion non seulement d'informer le milieu des affaires sur les travaux de la Commission, mais également de recueillir les avis des membres de la Commission et du milieu international des affaires sur les travaux en cours et les sujets qu'il serait possible d'aborder à l'avenir.

C. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis

428. La Commission a été informée que l'Institut de droit commercial international de la faculté de droit de Pace University (New York) avait organisé le sixième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis à Vienne du 27 mars au 1^{er} avril 1999. Les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au Concours se

fondaient, notamment, sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et sur les instruments de la CNUDCI relatifs à l'arbitrage commercial international. Environ 70 équipes représentant des facultés de droit de 28 pays ont participé au Concours de 1999. Quelque 350 étudiants en droit ont participé au Concours et la prestation des équipes concurrentes a été jugée par environ 180 personnes, parmi lesquelles figuraient notamment des arbitres, des avocats et des universitaires. Le septième Concours se tiendra à Vienne du 15 au 20 avril 2000.

429. La Commission a pris note de ces informations avec intérêt et satisfaction. Elle considérait le Concours, avec sa participation internationale, comme une excellente méthode d'enseignement du droit commercial international et de diffusion d'informations sur les textes de la CNUDCI. La Commission a également noté avec reconnaissance la contribution de son ancien secrétaire, M. Eric E. Bergsten, au succès de ce Concours, année après année.

D. Bibliographie

430. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des écrits récents ayant trait à ses travaux, qui était généralement considérée comme un outil de recherche utile (A/CN.9/463). La Commission a demandé à tous ceux qui souhaitaient que la bibliographie soit aussi complète que possible d'envoyer à la Bibliothèque de droit de la CNUDCI toutes les publications portant sur ses travaux, afin que ces éléments d'information soient consignés dans la bibliographie.

E. Annuaire et autres publications de la CNUDCI

431. La Commission a noté que son annuaire (publié en anglais, en espagnol, en français et en russe) était paru plus tard que prévu, avec trois à quatre ans de retard pour certaines langues. La Commission s'est dite gravement préoccupée par cette situation. Il a été estimé que les travaux préparatoires relatifs aux textes de la CNUDCI, qui figuraient dans l'Annuaire, étaient un outil essentiel dont se servaient les gouvernements pour examiner les textes de la Commission en vue de leur adoption, étaient fréquemment utilisés par les juges, les arbitres et d'autres praticiens pour interpréter et utiliser les textes de la Commission et étaient considérés par les universitaires et les étudiants comme une aide à l'enseignement et à la recherche particulièrement utile. Il a été souligné

que l'Annuaire était souvent le seul moyen pratique de se procurer des documents de la Commission.

432. En conséquence, la Commission a lancé un appel à l'Assemblée générale pour que celle-ci assure l'application effective de son programme de publication et, en particulier, la publication de l'*Annuaire de la CNUDCI* dans les délais voulus et dans toutes les langues prévues.

F. Date et lieu de la trente-troisième session de la Commission

433. Après un long débat, il a été décidé que la Commission tiendrait sa trente-troisième session à New York du 12 juin au 7 juillet 2000. On a exprimé la crainte qu'une session aussi longue entraîne une pression considérable sur les ressources. On a reconnu toutefois que quatre semaines étaient nécessaires du fait que deux, ou peut-être trois, projets de textes juridiques seraient soumis pour finalisation et adoption.

G. Sessions des groupes de travail

434. La Commission a approuvé le calendrier ci-après pour les sessions de ses groupes de travail:

a) Le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux tiendrait sa trente et unième session à Vienne du 11 au 22 octobre 1999. S'il n'était pas en mesure de terminer ses travaux sur le projet de Convention sur le financement par cession de créances à cette session, il tiendrait sa trente-deuxième session à New York du 10 au 21 janvier 2000;

b) Le Groupe de travail sur le commerce électronique tiendrait sa trente-cinquième session à Vienne du 6 au 17 septembre 1999 et sa trente-sixième session à New York du 14 au 25 février 2000;

c) Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité tiendrait sa vingt-deuxième session à Vienne du 6 au 17 décembre 1999. Il tiendrait sa vingt-troisième session à Vienne du 20 au 31 mars 2000 sous le nom de Groupe de travail sur l'arbitrage.

Notes

¹En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 17 ont été élus par l'Assemblée à sa quarante-neuvième session le 28 novembre 1994 (décision 49/315) et 19 à sa cinquante-deuxième session le 24 novembre 1997 (décision 53/314). En

application de la résolution 31/99 du 15 décembre 1976, le mandat des membres élus par l'Assemblée à sa quarante-neuvième session expirera la veille de l'ouverture de la trente-quatrième session de la Commission, en 2001, et le mandat des membres élus à sa cinquante-deuxième session expirera la veille de l'ouverture de la trente-septième session de la Commission, en 2004.

²L'élection du Président a eu lieu à la 651^e séance, le 17 mai 1999, celle des Vice-Présidents aux 652^e et 662^e séances, les 17 et 25 mai 1999, et celle du Rapporteur à la 654^e séance, le 18 mai 1999. Conformément à une décision prise par la Commission à sa première session, son bureau compte trois Vice-Présidents, de sorte que, compte tenu du Président et du Rapporteur, chacun des cinq groupes d'États énumérés au paragraphe 1 de la section II de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale y est représenté. (Voir le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa première session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Supplément n° 16* (A/72/16), par. 14 [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. I: 1968-1970 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.71.V.1), deuxième partie, sect. I, A]).

³*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 225 à 230.

⁴*Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 17* (A/52/17), par. 231 à 247.

⁵*Ibid.*, cinquante-troisième session, *Supplément n° 17* (A/53/17), par. 12 à 206.

⁶*Ibid.*, par. 204.

⁷*Ibid.*, par. 23 à 49.

⁸*Ibid.*, par. 105.

⁹*Ibid.*, par. 101 et 102.

¹⁰*Ibid.*, par. 204.

¹¹*Ibid.*, par. 63 à 95.

¹²*Ibid.*, par. 123 à 130.

¹³*Ibid.*, par. 146.

¹⁴*Ibid.*, par. 171.

¹⁵*Ibid.*, par. 63 à 95.

¹⁶*Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 17* (A/52/17), par. 250; et *ibid.*, cinquante-troisième session, *Supplément n° 17* (A/53/17), par. 207.

¹⁷*Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 17* (A/52/17), par. 249 et 250.

¹⁸*Ibid.*, cinquante-troisième session, *Supplément n° 17* (A/53/17), par. 208.

¹⁹*Ibid.*, par. 209.

²⁰*Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 17* (A/52/17), par. 251; et *ibid.*, cinquante-troisième session, *Supplément n° 17* (A/53/17), par. 211.

²¹*Ibid.*, quarante-huitième session, *Supplément n° 17* (A/48/17), par. 297 à 301; *ibid.*, quarante-neuvième session, *Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), par. 208 à 214; et *ibid.*, cinquantième session, *Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

²²*Ibid.*, cinquantième session, *Supplément n° 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

²³*Ibid.*, cinquantième session, *Supplément n° 17* (A/50/17), par. 401 à 404; et *ibid.*, cinquante et unième session, *Supplément n° 17* (A/51/17), par. 238 à 243.

²⁴Publication des Nations Unies: Actes du Colloque de la Journée de la Convention de New York, "L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York: expérience et perspectives", mai 1999, ISBN 92-1-133609-0.

²⁵*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 235.

²⁶[Sera publié en tant que "ICCA Congress Series N° 9".]

²⁷Gerold Herrmann, *Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration?* [sera publié dans *Arbitration International*, vol. 15 (1999), n° 3.]

²⁸*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 210 à 215.

²⁹*Ibid.*, cinquante-troisième session, *Supplément n° 17* (A/53/17), par. 264.

³⁰*Ibid.*, par. 266.

³¹*Ibid.*, par. 235.

³²*Ibid.*, quarante-septième session, *Supplément n° 17* (A/47/17), par. 161.

³³*Ibid.*, quarante-neuvième session, *Supplément n° 17* (A/49/17), par. 230.

Annexe

Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-deuxième session

A. Distribution générale

A/CN.9/453	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la trente-deuxième session
A/CN.9/454	Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-troisième session
A/CN.9/455	Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-neuvième session
A/CN.9/456	Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa trentième session
A/CN.9/457	Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-quatrième session
A/CN.9/458	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé
A/CN.9/458/Add.1	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé – Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé
A/CN.9/458/Add.2	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé – Chapitre premier. Considérations générales sur la législation
A/CN.9/458/Add.3	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé – Chapitre II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics
A/CN.9/458/Add.4	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé – Chapitre III. Sélection du concessionnaire
A/CN.9/458/Add.5	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé – Chapitre IV. L'accord de projet
A/CN.9/458/Add.6	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé – Chapitre V. Construction et exploitation de l'infrastructure
A/CN.9/458/Add.7	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé – Chapitre VI. Achèvement du projet, prorogation et résiliation

A/CN.9/458/Add.8	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé – Chapitre VII. Droit applicable
A/CN.9/458/Add.9	Projets d'infrastructure à financement privé: projets de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé – Chapitre VIII. Règlement des différends
A/CN.9/459	Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS98)
A/CN.9/459/Add.1	Règles uniformes pour les "Contract Bonds" (RUCB)
A/CN.9/460	Arbitrage commercial international: travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international
A/CN.9/461	Formation et assistance technique
A/CN.9/462	État des conventions et des lois types
A/CN.9/462/Add.1	Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité: proposition de l'Australie
A/CN.9/463	Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI

B. Distribution restreinte

A/CN.9/XXXII/CRP.1 et Add. 1 à 23	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial et international sur les travaux de sa trente-deuxième session
A/CN.9/XXXII/CRP.2	Proposition de la délégation de la République de Corée
A/CN.9/XXXII/CRP.3	Ajouts au chapitre II proposés par la délégation des États-Unis d'Amérique