



Nations Unies

**Rapport de la Commission
des Nations Unies pour
le droit commercial international
sur les travaux de sa
trente-sixième session**

30 juin-11 juillet 2003

Assemblée générale

Documents officiels

Cinquante-huitième session

Supplément n° 17 (A/58/17)

Assemblée générale
Documents officiels
Cinquante-huitième session
Supplément n° 17 (A/58/17)

**Rapport de la Commission
des Nations Unies pour
le droit commercial international
sur les travaux de sa
trente-sixième session**

30 juin-11 juillet 2003



Nations Unies • New York, 2003

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.

[Original: anglais]
[22 juillet 2003]

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-2	1
II. 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	3
III. Projet de dispositions législatives de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé	12-171	3
A. Travaux préparatoires et organisation des débats	12-17	3
B. Rapport entre les projets de dispositions législatives types et le <i>Guide législatif</i>	18-21	5
C. Examen du projet de dispositions types	22-170	5
D. Adoption des dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé	171	38
IV. Projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité	172-197	40
A. Approbation préliminaire du projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité	172-196	40
B. Approbation de principe du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	197	44
V. Arbitrage	198-204	46
VI. Droit des transports	205-208	48
VII. Commerce électronique	209-214	49
VIII. Sûretés	215-222	50
IX. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958	223-224	52
X. Travaux futurs possibles dans le domaine des marchés publics	225-230	53
XI. Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale	231-241	54

XII.	Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI, recueil analytique de jurisprudence relative à la Convention des Nations Unies sur les ventes et autres textes uniformes	242-245	57
A.	Jurisprudence	242-243	57
B.	Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et autres textes uniformes	244-245	58
XIII.	Formation et assistance technique	246-251	58
XIV.	État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI	252-254	60
XV.	Résolutions de l'Assemblée générale relatives aux travaux de la Commission et suivi de l'évaluation approfondie des travaux du secrétariat de la Commission . .	255-261	61
A.	Résolutions 57/17, 57/18 et 57/20	255	61
B.	Résolution 57/19	256-261	61
XVI.	Coordination et coopération	262-265	63
A.	Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)	262-263	63
B.	Commissions économiques régionales de l'ONU	264-265	63
XVII.	Questions diverses	266-269	66
A.	Bibliographie	266	66
B.	Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis	267-268	67
C.	Le site Web de la CNUDCI	269	67
XVIII.	Date et lieu des réunions futures	270-278	68
A.	Débat général sur la durée des sessions	270-275	68
B.	Trente-septième session de la Commission	276	70
C.	Sessions des groupes de travail jusqu'à la trente-septième session de la Commission	277	70
D.	Sessions des groupes de travail après la trente-septième session de la Commission	278	71
Annexes			
I.	Dispositions types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé		73
II.	Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-sixième session		102

I. Introduction

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) porte sur les travaux de la trente-sixième session, tenue à Vienne du 30 juin au 11 juillet 2003.
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 (CNUCED).

II. Organisation de la session

A. Ouverture de la session

3. La Commission a commencé sa trente-sixième session le 30 juin 2003.

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 24 novembre 1997 et le 16 octobre 2000, 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: Allemagne (2007), Autriche (2004), Bénin (2007), Brésil (2007), Burkina Faso (2004), Cameroun (2007), Canada (2007), Chine (2007), Colombie (2004), Espagne (2004), États-Unis d'Amérique (2004), ex-République yougoslave de Macédoine (2007), Fédération de Russie (2007), Fidji (2004), France (2007), Honduras (2004), Hongrie (2004), Inde (2004), Iran (République islamique d') (2004), Italie (2004), Japon (2007), Kenya (2004), Lituanie (2004), Mexique (2007), Maroc (2007), Ouganda (2004), Paraguay (2004), Roumanie (2004), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2007), Rwanda (2007), Sierra Leone (2007), Singapour (2007), Soudan (2004), Suède (2007), Thaïlande (2004) et Uruguay (2004, en alternance annuelle avec l'Argentine).
5. À l'exception du Bénin, des Fidji, du Honduras, de la Hongrie, de la Roumanie, de la Sierra Leone 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: Algérie, Antigua-et-Barbuda, Argentine, Australie, Bélarus, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Costa Rica, Équateur, Finlande, Gabon, Indonésie, Jamahiriya arabe libyenne, Liban, Madagascar, Nigéria, Panama, Pérou, Philippines, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Serbie-et-Monténégro, Slovaquie, Suisse, Tunisie, Turquie, Ukraine, Venezuela et Yémen.

7. Ont également assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) **Système des Nations Unies:** Banque mondiale et Fonds monétaire international;

b) **Organisations intergouvernementales:** Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe et Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit);

c) **Organisations non gouvernementales invitées par la Commission:** American Bar Association, American Bar Foundation, Association internationale du barreau, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Comité maritime international, Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP 21), Institute of International Banking Law and Practice, Inter-Pacific Bar Association, Société mondiale des télécommunications financières inter-banques, Union arabe de l'arbitrage international, Union des Avocats Européens, Union internationale des avocats et Union internationale du Notariat Latin.

8. La Commission s'est félicitée de la participation d'organisations internationales non gouvernementales qui avaient des connaissances spécialisées sur les principaux points de l'ordre du jour de la session. Cette participation était cruciale pour la qualité des textes élaborés par la Commission, qui a prié le secrétariat de continuer à inviter de telles organisations à ses sessions.

C. Élection du Bureau

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

Président: Tore Wiwen-Nilsson (Suède)

Vice-Présidents: Neeru Chadhah (Inde)
François Rwangampuhwe (Rwanda)
Oleg V. Krasnykh (Fédération de Russie)

Rapporteur: Juan Carlos Yepes Alzate (Colombie)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 758^e séance, le 30 juin, était le suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Finalisation et adoption du projet de dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.
5. Approbation préliminaire du projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.
6. Arbitrage: rapport d'activité du Groupe de travail II.

7. Droit des transports: rapport d'activité du Groupe de travail III.
8. Commerce électronique: rapport d'activité du Groupe de travail IV.
9. Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI.
10. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958.
11. Travaux futurs envisageables dans le domaine des marchés publics.
12. Travaux futurs possibles sur la fraude commerciale.
13. Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI et recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et d'autres textes uniformes.
14. Formation et assistance technique.
15. État et promotion des textes juridiques issus des travaux de la CNUDCI.
16. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission; suite donnée à l'évaluation approfondie des travaux du secrétariat de la Commission.
17. Coordination et coopération.
18. Questions diverses.
19. Date et lieu des réunions futures.
20. Adoption du rapport de la Commission.

E. Adoption du rapport

11. À ses 774^e et 775^e séances, le 11 juillet, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

III. Projet de dispositions législatives de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé

A. Travaux préparatoires et organisation des débats

12. Un an après l'adoption du *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*², en 2000, la Commission est convenue, à sa trente-quatrième session, en 2001, qu'il faudrait confier à un groupe de travail le soin d'élaborer des dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé. Elle a été d'avis que, si l'on voulait que les travaux soient réalisés dans un délai raisonnable, il était essentiel de choisir un domaine spécifique parmi les nombreuses questions traitées dans le *Guide législatif*. Il a donc été convenu que le Groupe de travail, à sa première session, devrait identifier les questions particulières sur lesquelles pourraient être formulées des dispositions législatives types, qui pourraient éventuellement prendre la forme d'un additif au *Guide*³.

13. Le Groupe de travail I a commencé à examiner cette question à sa quatrième session, tenue à Vienne du 24 au 28 septembre 2001. Conformément à une proposition faite à la trente-quatrième session de la Commission⁴, il a été invité à consacrer son attention à une phase particulière des projets d'infrastructure, à savoir la sélection du concessionnaire, en vue d'élaborer des propositions de texte spécifiques pour les dispositions législatives. Il a néanmoins été d'avis qu'il serait peut-être souhaitable d'avoir des dispositions législatives types sur divers autres sujets (voir A/CN.9/505, par. 18 à 174). Il a prié le secrétariat d'élaborer des dispositions législatives types dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, sur la base de ses délibérations et décisions, pour les soumettre au Groupe de travail à sa cinquième session pour examen et discussion plus approfondis.

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

15. La Commission était saisie des documents suivants: a) une note explicative sur les projets de dispositions types (A/CN.9/522); b) le texte des projets de dispositions types tels qu'ils ont été approuvés par le Groupe de travail (A/CN.9/522/Add.1); c) un tableau de concordance présentant côte à côte les projets de dispositions législatives types et les recommandations concernant la législation auxquels elles se rapportent (A/CN.9/522/Add.2); d) une compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales concernant les projets de dispositions types (A/CN.9/533 et Add.1 à 7); et e) le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*.

16. La Commission a pris note des informations générales sur l'établissement du projet de dispositions législatives types, telles que résumées par le secrétariat (voir A/CN.9/522), et des commentaires écrits reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur ledit projet (A/CN.9/533 et Add.1 à 7), qui avaient été publiés avant la session. Elle a décidé d'examiner les questions soulevées dans ces commentaires dans le cadre des projets de dispositions législatives types auxquels elles se rapportaient. Elle est convenue par ailleurs que, afin de tirer parti au mieux du temps disponible pour l'examen des projets de dispositions législatives types, elle n'examinerait les commentaires écrits que s'ils étaient soulevés par des délégations ou des observateurs assistant à la session, qu'ils en soient ou non les auteurs.

17. La Commission a décidé de créer un groupe de rédaction chargé d'examiner le texte et d'assurer la cohérence de toutes les versions linguistiques. Elle est convenue qu'il appartiendrait à ce groupe de faire lui-même des suggestions pour améliorer le texte dans telle ou telle langue ou corriger les erreurs de traduction.

B. Rapport entre les projets de dispositions législatives types et le Guide législatif

18. La Commission a conclu ses délibérations sur le projet de dispositions types (voir par. 22 à 170) en se demandant s'il fallait conserver les dispositions types et les recommandations figurant dans le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* sous la forme de deux textes connexes, mais indépendants, ou bien les regrouper en un texte unique et, dans ce cas, s'il fallait garder toutes les recommandations, ou bien seulement celles pour lesquelles aucune disposition type n'avait été élaborée.

19. Selon un avis, qui a été accueilli très favorablement, les dispositions types devraient annuler et remplacer toutes les recommandations traitant du même sujet. Il a été reconnu que le secrétariat ne pourrait pas produire immédiatement une nouvelle édition de synthèse du *Guide législatif*, contenant à la fois le texte combiné des dispositions types et les autres recommandations. Pendant une période intérimaire, et jusqu'à ce que des ressources suffisantes soient disponibles pour préparer une telle édition, les dispositions types pourraient être publiées à part, sous forme de document ne contenant en outre que les quelques recommandations qui n'avaient pas été remplacées. Un texte de synthèse devrait toutefois être publié dès que possible, de manière à éviter toute confusion et à faire en sorte que le résultat des travaux de la Commission soit aussi facile à utiliser que possible.

20. Selon l'opinion contraire, qui a fini par l'emporter, une future édition de synthèse devrait reproduire le texte intégral des recommandations figurant dans le *Guide législatif*. Les dispositions types représentaient une évolution par rapport aux travaux antérieurs de la Commission et il fallait en tenir compte pour les comprendre. Bien que l'idée de conserver indéfiniment les deux textes sous forme de publications distinctes n'ait pas recueilli un appui suffisant, l'avis qui a prévalu a été que les recommandations devraient être reproduites dans leur totalité dans une édition de synthèse, car elles représentaient le point de départ des travaux ultérieurs relatifs aux dispositions types.

21. La Commission est donc convenue qu'une future édition de synthèse devrait regrouper les dispositions types telles qu'adoptées par elle (voir annexe I) et les notes figurant dans le *Guide législatif*, et reproduire, à la fin, le texte intégral des recommandations telles qu'adoptées initialement par la Commission en 2000. Le Secrétariat a été prié de revoir et, le cas échéant, de réviser les notes contenues dans le *Guide législatif*, de manière à tenir compte de la terminologie et de la structure des dispositions types.

C. Examen du projet de dispositions types⁵

Avant-propos

22. Le texte de l'avant-propos du projet de dispositions types était le suivant:

“Les pages qui suivent contiennent un ensemble de principes législatifs généraux recommandés intitulés ‘Recommandations concernant la législation’ et des dispositions législatives types (ci-après ‘les dispositions types’) sur les projets d'infrastructure à financement privé. Les recommandations concernant

la législation et les dispositions types ont pour objet d'aider les organes législatifs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d'infrastructure à financement privé. Elles sont suivies de notes qui fournissent une analyse des différentes questions (financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres) liées au sujet examiné. Il est conseillé de lire les recommandations concernant la législation et les dispositions types conjointement avec les notes qui fournissent des informations d'ordre général visant à mieux les faire comprendre.

Les recommandations concernant la législation et les dispositions types sont un ensemble de dispositions fondamentales portant sur des questions qu'il importe d'aborder dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d'infrastructure à financement privé.

Les dispositions types sont conçues pour être appliquées et complétées par des règlements plus détaillés, et les domaines pour lesquels un règlement serait plus approprié qu'une loi sont signalés. Par ailleurs, la réalisation avec succès de projets d'infrastructure à financement privé suppose, au-delà de la mise en place d'un cadre législatif approprié, l'existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, juridiques et financières, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu'une économie stable.

Il convient de noter que les recommandations concernant la législation et les dispositions types n'abordent pas d'autres domaines du droit qui ont également un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé, mais sur lesquels aucune recommandation n'est formulée dans le *Guide législatif*, par exemple, la promotion et la protection des investissements, le droit des biens, les sûretés, les règles et procédures d'expropriation, le droit général des contrats, les règles applicables aux marchés publics et le droit administratif, le droit fiscal, la protection de l'environnement et les lois relatives à la protection des consommateurs."

23. Il a été proposé de mentionner aussi, au dernier paragraphe, parmi les domaines qui n'étaient pas abordés dans le *Guide* mais qui avaient un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé, les lois et règlements concernant la fiscalité, les banques, les opérations de change et la faillite. Une note de bas de page ou un texte supplémentaire revêtant la forme d'un commentaire devrait encourager les États à autoriser les organismes de surveillance à appliquer des procédures et règlements concrets et simples pour donner effet à la loi. Il a été dit, par exemple, que le système de conversion et de rapatriement des devises étrangères devait être simple et rapide. Le dernier paragraphe de l'avant-propos devrait en outre indiquer que l'expérience, la transparence et la prévisibilité des systèmes judiciaires étaient également essentielles. Enfin, il devrait encourager les États à éliminer les contradictions avec d'autres lois et règlements, par exemple en précisant si la loi du pays sur les concessions l'emportait sur les lois fiscales ou les lois régissant les marchés publics.

24. La Commission a pris note de cette proposition, mais a estimé que la plupart de ces questions étaient déjà traitées dans diverses parties du *Guide législatif*, en particulier au chapitre VII de ce dernier intitulé "Autres domaines pertinents du droit". Néanmoins, la Commission a accepté d'insérer, à la fin de l'avant-propos,

une phrase appelant l'attention du législateur sur les rapports entre la législation spécifique aux projets d'infrastructure à financement privé et d'autres domaines du droit mentionnés dans l'avant-propos.

25. Sous réserve de cette modification, la Commission a approuvé l'avant-propos et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre premier. Dispositions générales

Disposition type 1. Préambule

26. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

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

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de renforcer davantage les principes généraux de transparence, d'économie et d'équité dans l'attribution de marchés par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l'attribution des projets d'infrastructure;

[Autres objectifs que l'État adoptant souhaiterait éventuellement indiquer;].

Le [Gouvernement] [Parlement] de _____ adopte la loi ci-après:”

27. On a déclaré qu'il faudrait pour améliorer le projet de disposition type 1 suivre de plus près, au premier paragraphe du préambule, la deuxième phrase du préambule et le paragraphe 4 de l'introduction du *Guide législatif*. Il a été proposé de remanier ce paragraphe de sorte qu'il se lise comme suit:

“CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre législatif favorable à l'investissement privé dans les infrastructures publiques; et

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de promouvoir et de faciliter l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en accroissant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé au financement, à la construction et à l'exploitation des infrastructures;”

28. La Commission a estimé que le projet de disposition type était suffisamment clair et que le remaniement proposé n'était pas nécessaire. Elle a approuvé sur le fond le projet de disposition type et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 2. Définitions

29. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme ‘ouvrage’ désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population;

b) Le terme ‘projet d’infrastructure’ désigne la conception, la construction, la mise en service et l’exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l’expansion ou l’exploitation d’ouvrages existants;

c) Le terme ‘autorité contractante’ désigne l’autorité publique qui a le pouvoir de conclure un contrat de concession pour l’exécution d’un projet d’infrastructure [conformément aux dispositions de la présente Loi]¹;

d) Le terme ‘concessionnaire’ désigne la personne qui exécute un projet d’infrastructure dans le cadre d’un contrat de concession conclu avec une autorité contractante;

e) Le terme ‘contrat de concession’ désigne le ou les accords liant mutuellement l’autorité contractante et le concessionnaire qui énoncent les conditions d’exécution d’un projet d’infrastructure;

f) Les termes ‘soumissionnaire’ et ‘soumissionnaires’ désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection concernant un projet d’infrastructure²;

g) Le terme ‘proposition spontanée’ désigne toute proposition relative à l’exécution d’un projet d’infrastructure qui n’est pas soumise en réponse à une sollicitation de propositions publiée par l’autorité contractante dans le cadre d’une procédure de sélection;

h) Le terme ‘organisme de réglementation’ désigne une autorité publique qui est chargée d’édicter et de faire appliquer des règles et des règlements régissant l’ouvrage ou la prestation des services prévus³.

¹ Il est à noter que l’autorité visée dans cette définition est uniquement habilitée à conclure des contrats de concession. Suivant le régime réglementaire de l’État adoptant, un organisme distinct, appelé ‘organisme de réglementation’ à l’alinéa h), peut être chargé d’édicter des règles et règlements régissant la prestation des services prévus.

² Les termes ‘soumissionnaire’ ou ‘soumissionnaires’ désignent, selon le contexte, soit des personnes qui ont sollicité une invitation à participer à une procédure de présélection, soit des personnes qui ont soumis une proposition en réponse à une sollicitation de propositions émanant de l’autorité contractante.

³ Il faudra peut-être définir la composition, la structure et les fonctions de cet organisme de réglementation dans un texte législatif spécial (voir recommandations 7 à 11 et chap. I^{er}, ‘Cadre législatif et institutionnel général’, par. 30 à 53).”

30. Il a été proposé d’inclure une définition du terme “concession” de façon que le champ d’application des dispositions types apparaisse plus clairement. Une telle définition était, a-t-on dit, nécessaire pour établir clairement quelle loi devrait s’appliquer à telle relation contractuelle, quel que soit le nom donné au contrat

régissant cette relation (concession, licence, bail, droits d'usufruit, etc.). On a en outre déclaré que dans de nombreux pays qui avaient adopté une loi relative aux contrats de construction-exploitation-transfert ou aux concessions, on pouvait constater que des entrepreneurs cherchaient à la contourner (en particulier les dispositions strictes relatives à la sélection des concessionnaires) en baptisant différemment leurs contrats ou en niant qu'il y ait une concession.

31. Il a donc été proposé que le projet de disposition type définisse le terme "concession" comme les actes imputables à l'État, par lesquels une autorité publique confiait à un tiers – que ce soit par un acte contractuel ou par un acte unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers – la gestion totale ou partielle d'activités économiques ou de services qui relèvent normalement de sa responsabilité et pour lesquels ce tiers assume les risques d'exploitation.

32. La Commission a pris note de cette proposition mais a estimé que la nouvelle définition décrivait un concept juridique qui, s'il était connu dans certains systèmes juridiques, risquait de soulever un certain nombre de questions dans d'autres systèmes où la notion de "concession" n'était pas familière. En outre, certains des éléments de la définition proposée ont été considérés comme donnant lieu à des incertitudes, par exemple en ce qui concerne le montant du "risque" qui devait être assumé par le concessionnaire pour que le projet soit véritablement considéré comme une "concession". Il a été estimé que la définition existante, complétée par les notes figurant dans le *Guide législatif*, donnait des indications suffisantes quant aux types d'arrangement auxquels le projet de disposition législative type s'appliquait.

33. La Commission a approuvé le projet de disposition législative type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des contrats de concession

34. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Les autorités publiques ci-après ont le pouvoir de conclure des contrats de concession⁴ pour l'exécution de projets d'infrastructure relevant de leur compétence respective: [*l'État adoptant indique les autorités publiques du pays hôte qui sont habilitées à conclure des contrats de concession en insérant soit une liste exhaustive ou indicative de ces autorités, soit une liste des types ou catégories d'autorités concernés soit encore une combinaison des deux*]⁵.

⁴ Il est souhaitable d'établir des mécanismes institutionnels afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation des ouvrages du type proposé (voir recommandation 6 et chap. I^{er} 'Cadre législatif et institutionnel général', par. 23 à 29). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d'appui aux projets d'infrastructure, il peut être utile que les textes correspondants, tels que les lois ou règlements régissant les activités des organismes publics autorisés à fournir un tel appui, indiquent clairement quels sont les organismes habilités en la matière et quelle forme peut revêtir cet appui (voir chap. II, 'Risques de projet et appui des pouvoirs publics').

⁵ Les États adoptants auraient généralement deux possibilités pour compléter la présente disposition type. La première serait d'insérer une liste d'autorités habilitées à conclure des contrats de concession, soit dans la disposition elle-même, soit dans une annexe. La

seconde serait d'indiquer dans une disposition les niveaux de l'État autorisés à conclure de tels contrats, sans désigner nommément les autorités publiques concernées. S'agissant d'un État fédéral, par exemple, cette disposition pourrait mentionner l'Union, les États [ou provinces] et les municipalités'. En tout état de cause, il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un règlement d'application de la loi susceptible d'être adopté."

35. On a déclaré que dans la pratique, il était toujours difficile d'établir avec précision, dans une loi relative aux concessions, les biens ou services qui pouvaient faire l'objet d'une concession et l'organe qui pouvait attribuer le contrat. Pour que la législation relative aux projets d'infrastructure à financement privé soit acceptable, en particulier dans les pays à économie en transition, il ne fallait pas, a-t-on dit, que ses dispositions remettent en question la répartition des pouvoirs convenus antérieurement (en particulier en ce qui concerne l'autonomie locale). On a donc recommandé d'adopter une disposition neutre qui renvoie à l'autorité ayant compétence sur les biens et services pour lesquels des concessions pouvaient être attribuées.

36. On a répondu que dans de nombreux pays, il y avait des doutes considérables quant aux entités qui avaient le pouvoir d'attribuer des concessions et dans quels domaines. Le projet de disposition type rappelait utilement l'importance de la sécurité juridique sur cette question. De plus, le projet de disposition type était rédigé de façon suffisamment souple pour que l'État adoptant puisse le transposer dans sa législation de la façon convenant le mieux à son système constitutionnel et administratif.

37. La Commission est convenue de conserver en substance le projet de disposition législative type et de le renvoyer au groupe de rédaction.

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

38. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Des contrats de concession peuvent être conclus par les autorités compétentes dans les secteurs suivants: [*l'État adoptant indique les secteurs concernés en insérant une liste exhaustive ou indicative*]⁶.

⁶ Il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d'application."

39. On a fait observer que, dans la plupart des systèmes juridiques, une loi relative aux concessions ne pouvait conférer davantage de droits que ceux prévus par les lois sectorielles ou spécifiques. Au lieu d'établir une liste indicative ou exhaustive des domaines dans lesquels des concessions pouvaient être attribuées, il était préférable de faire référence de manière générale aux services et aux biens qui pouvaient faire l'objet d'une concession en vertu de toute loi applicable et, si nécessaire, de modifier les lois spécifiques ou sectorielles qui ne prévoyaient pas les concessions de façon à les autoriser. À l'inverse, une liste des biens ou services pour lesquels

des concessions ne pouvaient être attribuées, du fait qu'ils relevaient de la souveraineté nationale ou faisaient partie du patrimoine national, était souvent établie.

40. La Commission a pris note de ces observations et suggestions. Néanmoins, elle a estimé que, comme dans le cas du projet de disposition type 3, le texte à l'examen rappelait utilement l'importance de la question tout en laissant à l'État adoptant suffisamment de latitude pour l'appliquer de la manière convenant le mieux à ses besoins constitutionnels et administratifs.

41. La Commission est convenue de conserver en substance le projet de disposition type et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre II. Sélection du concessionnaire

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection

42. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“La sélection du concessionnaire est effectuée conformément aux [dispositions types 6 à 27] et, pour les matières non régies ci-après, conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces pour l'attribution des marchés publics]⁷.

⁷ Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du concessionnaire et le cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics dans l'État adoptant. Si certains éléments de compétition structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d'adaptations pour tenir compte des exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé, telles qu'une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des sollicitations de propositions, des critères d'évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s'inspirent dans une large mesure de la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la Commission à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994 (la 'Loi type sur la passation des marchés'). Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n'ont pas pour objet de remplacer ni de reproduire la totalité des règles de l'État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d'aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s'appliquant spécialement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu'il existe dans l'État adoptant un cadre général pour l'attribution des marchés publics prévoyant des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type sur la passation des marchés. Aussi n'abordent-elles pas un certain nombre d'aspects procéduraux d'ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C'est le cas, par exemple, des points suivants: modalités de publication des avis, procédures de publication des sollicitations de propositions, conservation des actes et informations concernant la procédure de passation, possibilité de divulguer des informations au public, garanties de soumission et procédures de recours. Lorsqu'il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type sur la passation des marchés qui peuvent, *mutatis mutandis*, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans le présent chapitre.”

43. La Commission a accepté une suggestion tendant à supprimer les mots “garanties de soumission” à l’avant-dernière phrase de la note 7. Aucune autre observation ou suggestion n’a été faite concernant le projet de disposition type pendant la session. La Commission l’a donc approuvé quant au fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

1. Présélection des soumissionnaires

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

44. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. L’autorité contractante engage une procédure de présélection afin d’identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet d’infrastructure envisagé.

2. L’invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux [*l’État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*].

3. Dans la mesure où [*l’État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer à la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*]⁸ ne l’exigent pas déjà, l’invitation à participer à la procédure de présélection contient au minimum les renseignements suivants:

a) Une description de l’ouvrage à construire ou à rénover;

b) L’indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l’autorité contractante (par exemple, si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances ou si des fonds publics peuvent être octroyés au concessionnaire sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties);

c) Lorsqu’elles sont connues, un résumé des principales clauses du contrat de concession qui sera conclu;

d) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et une heure précises et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes; et

e) Le mode et le lieu de soumission des demandes de dossier de présélection.

⁸ On trouvera une liste d’éléments qui figurent habituellement dans une invitation à participer à une procédure de présélection au paragraphe 2 de l’article 25 de la Loi type sur la passation des marchés.

4. Dans la mesure où *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le cadre d'une procédure de présélection]*⁹ ne l'exigent pas déjà, le dossier de présélection indique au minimum les éléments suivants:

- a) Les critères de présélection prévus dans la *[disposition type 7]*;
- b) Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la *[disposition type 8]* concernant la participation de consortiums;
- c) Si l'autorité contractante a l'intention de demander à un nombre limité¹⁰ seulement de soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément au *[paragraphe 2 de la disposition type 9]* et, le cas échéant, la façon dont cette sélection sera effectuée;
- d) Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une personne morale indépendante, constituée et incorporée selon les lois du *[présent État]* conformément à la *[disposition type 30]*.

5. Pour les matières non régies par *[la présente disposition type]*, la procédure de présélection est conduite conformément au *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite de la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs]*¹¹.

⁹ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans un dossier de présélection au paragraphe 3 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés.

¹⁰ Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, 'Sélection du concessionnaire', par. 48 et 49). Voir également la note 14.

¹¹ Les paragraphes 2 à 7 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés décrivent différents aspects de la procédure de présélection, notamment la façon dont les demandes d'éclaircissements sont traitées et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante, concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires."

45. On a émis l'avis que la portée de l'alinéa a) du paragraphe 3 était trop restreinte et qu'il faudrait ajouter les mots "ou à exploiter" après les mots "à construire ou à rénover". Comme solution de rechange, on a suggéré de faire référence à la notion de "projet d'infrastructure" qui, telle qu'elle était définie à l'alinéa b) du projet de disposition type 2, englobait la notion d'exploitation de l'infrastructure.

46. En réponse à ces propositions, on a fait observer que l'alinéa a) portait essentiellement sur la description de l'ouvrage et que d'autres alinéas mentionnaient des éléments concernant la phase de l'exploitation.

47. La Commission a approuvé ce projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction, en priant celui-ci en particulier de proposer un nouveau libellé approprié pour l'alinéa a) du paragraphe 3.

Disposition type 7. Critères de présélection

48. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 8. Participation de consortiums

49. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications conformément à la [disposition type 7] concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants.

2. Sauf [autorisation contraire de ... [l'État adoptant indique l'autorité compétente] et] indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium¹³. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.

3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en considération les capacités des différents membres du consortium et détermine si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

¹³ L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet.”

50. On a déclaré qu'on pourrait améliorer le projet de disposition type en en modifiant le libellé de sorte qu'il n'empêche pas, par déduction, un membre d'un consortium soumissionnaire perdant de prendre part à un autre consortium, à condition que cette participation soit annoncée à toutes les parties et soit par ailleurs acceptable et qu'aucun soumissionnaire ne puisse, à un moment donné, être membre de plus d'un consortium à la fois.

51. Les membres de la Commission se sont accordés à estimer qu'un soumissionnaire dont le consortium avait abandonné ou avait dû quitter la procédure de sélection (par exemple parce qu'il n'avait pu obtenir les moyens de financement nécessaires) qui désirait se joindre à un autre consortium soumissionnaire devait être autorisé à le faire. Cette possibilité, a-t-on dit, n'était pas incompatible avec la recommandation législative 16.

52. Sous réserve de l'adjonction des mots "à la fois" à la fin de la première phrase du paragraphe 2, la Commission a approuvé ce projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

53. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

2. Procédure de sollicitation de propositions

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

54. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation de propositions

55. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 12. Garanties de soumission

56. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. La sollicitation de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur de la garantie de soumission ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission demandée.

2. Un soumissionnaire ne perd pas les garanties de soumission qu'il a pu être tenu de fournir sauf dans les cas suivant¹⁹:

a) Retrait ou modification d'une proposition après la date limite de soumission des propositions et, si cela est prévu dans la sollicitation de propositions, avant la date limite;

b) Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément au [paragraphe 1 de la disposition type 17];

c) Défaut de présentation d'une meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément au [paragraphe 2 de la disposition type 17];

d) Défaut de signature de l'accord de concession alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée;

¹⁹ On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 32 de la Loi type sur la passation des marchés."

e) Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du contrat de concession après l'acceptation de la proposition ou manquement, avant la signature du contrat de concession, à toute autre condition spécifiée dans la sollicitation de propositions.

57. Il a été dit que, par rapport au paragraphe 62 du chapitre III "Sélection du concessionnaire" du *Guide législatif*, le projet de disposition type offrait à l'autorité contractante des possibilités supplémentaires de conserver les garanties de soumission. En effet, alors que le paragraphe 62 susmentionné indiquait simplement qu'il était souhaitable de préciser dans la sollicitation de propositions toutes les exigences concernant les garanties de soumission, l'alinéa b) du paragraphe 2 prévoyait que le soumissionnaire pouvait perdre la garantie qu'il avait fournie s'il ne participait pas aux négociations finales, ou, comme prévu à l'alinéa c), s'il ne présentait pas une meilleure offre définitive. En outre, dans sa rédaction actuelle, la dernière disposition donnait à penser qu'un soumissionnaire risquait de perdre sa garantie du simple fait qu'il n'avait pas présenté une "meilleure offre définitive" jugée acceptable par l'autorité contractante.

58. On a répondu que normalement la meilleure offre définitive et les négociations finales intervenaient – et devaient intervenir – pendant la période de validité de la soumission et devaient être couvertes par la garantie de soumission. La procédure de négociations finales, y compris l'exigence d'une meilleure offre définitive, ne pouvaient prendre le soumissionnaire par surprise puisqu'elles auraient été annoncées avec la sollicitation de propositions. En outre, les conditions d'une meilleure offre définitive étaient entièrement sous le contrôle du soumissionnaire, lequel n'était nullement tenu de les améliorer par rapport à ses conditions précédentes. La portée du renvoi au projet de disposition type 17 était limitée au délai disponible pour la soumission d'une meilleure offre définitive.

59. La Commission a convenu qu'il serait possible de répondre aux préoccupations qui avaient été exprimées en précisant la relation entre les projets de disposition type 12 et 17. En particulier, une proposition tendant à remplacer, à l'alinéa c) du paragraphe 2, les mots "défaut de présentation d'une meilleure offre définitive" par les mots "défaut de présentation de sa meilleure offre définitive" a été appuyée.

60. En réponse à une suggestion tendant à remplacer les mots "meilleure offre définitive", dans le projet de disposition type et ailleurs dans le texte, simplement par le mot "offre" ou les mots "offre définitive", on a fait valoir que l'expression actuellement utilisée dans le texte était une expression consacrée bien connue dans la pratique de la passation internationale des marchés. La Commission a décidé de la maintenir. Elle a aussi décidé de maintenir le mot "finales" après le mot "négociations" dans le projet de paragraphe 2 b), car le terme "négociations finales" décrivait bien une phase particulière de la procédure de sélection.

61. Sous réserve de la modification mentionnée ci-dessus, la Commission a approuvé ce projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications

62. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L’autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d’éclaircissements d’un soumissionnaire, revoir et, selon qu’il convient, réviser tout élément de la sollicitation définitive de propositions mentionné dans [*la disposition type II*]. Elle indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection devant être conservés conformément à [*la disposition type 26*] les motifs de toute révision de la sollicitation. Les suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la sollicitation de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.”

63. Il a été proposé de spécifier dans le projet de disposition type que l’autorité contractante n’avait pas à informer les participants de l’identité des soumissionnaires. On a fait valoir que, dans la pratique, lorsque l’identité des soumissionnaires était connue, on courait le risque qu’un soumissionnaire par exemple gonfle artificiellement ses prix pour les rapprocher des prix plus élevés qu’il s’attendait à voir annoncer par tel concurrent, et ce au détriment de l’autorité contractante.

64. On s’est élevé contre cette proposition en faisant valoir que, dans l’intérêt de la transparence, dans la plupart des pays, l’identité des soumissionnaires devait être communiquée à toute personne qui demandait cette information. Cette pratique était reflétée par exemple au paragraphe 6 de l’article 7 de la Loi type sur la passation des marchés qui exigeait que l’entité adjudicatrice “communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés”. Il a été dit que l’anonymat dans les procédures de passation des marchés était un anathème incompatible avec la transparence qui ne devait pas être avalisé par le projet de dispositions types.

65. On a demandé si les éclaircissements et modifications devaient nécessairement être apportés par écrit et si l’identité du soumissionnaire qui les avait sollicités devait être révélée. On a répondu que ces questions étaient laissées au régime général de passation des marchés de l’État adoptant, lequel ne pouvait être intégralement reproduit dans le projet de dispositions types. On parlait de l’hypothèse que ce régime devait prévoir, à l’instar de la Loi type sur la passation des marchés, que les communications autres que celles faites pendant une réunion avec les soumissionnaires devaient être présentées sous une forme qui atteste leur teneur (voir la Loi type sur la passation des marchés, art. 9, par. 1) et que l’origine de la demande d’éclaircissements ne devait pas être indiquée afin d’éviter de fausser la concurrence entre les soumissionnaires (voir la Loi type sur la passation des marchés, art. 28, par. 1).

66. Il n’a été fait aucune autre observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l’a donc approuvé quant au fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 14. Critères d'évaluation

67. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques²⁰ incluent au minimum les éléments suivants:

²⁰ Voir chap. III, ‘Sélection du concessionnaire’, par. 74.

- a) Rationalité technique;
- b) Respect des normes environnementales;
- c) Faisabilité opérationnelle;
- d) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.

2. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales²¹ incluent, selon qu'il convient:

- a) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, prix unitaires et autres charges proposés;
- b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante propose d'effectuer, le cas échéant;
- c) Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur courante des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance;
- d) L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, d'une autorité publique du [*présent État*];
- e) La rationalité des arrangements financiers proposés;
- f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions;
- g) Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

²¹ Voir chap. III, ‘Sélection du concessionnaire’, par. 75 à 77.”

68. En réponse à une question, il a été souligné que le terme “valeur courante” renvoyait à une méthode de calcul consistant à ramener les recettes ou les dépenses futures prévues à leur valeur actuelle en tenant compte de l'évolution future, notamment, des taux d'intérêt, des taux de change ou de l'inflation pendant la période considérée.

69. Le projet de disposition type n'a suscité aucun autre commentaire ou question lors de la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

70. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

71. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié²³.

²³ Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, les critères doivent être les mêmes que ceux utilisés dans le cadre de cette procédure.”

72. Il a été demandé si le projet de disposition type s'appliquait aussi aux consortiums ou s'il suffisait qu'un membre d'un consortium possède les qualifications requises.

73. De l'avis de la Commission, il était sous-entendu dans le régime recommandé dans les projets de dispositions types et dans le *Guide législatif* (par exemple, au paragraphe 41 du chapitre III, “Sélection du concessionnaire”) que, s'agissant des consortiums soumissionnaires, les critères de qualification requis (que ce soit au début ou dans le cours de la procédure de sélection) s'appliquaient aussi bien au consortium dans son ensemble qu'à chacun de ses membres. Toutefois, selon elle, il n'était pas nécessaire d'ajouter de libellé pour introduire cette précision.

74. En réponse à une proposition visant à limiter le nombre de fois où l'autorité contractante a le droit de demander au soumissionnaire qu'il confirme ses qualifications, on a fait observer que les projets de dispositions types portaient du principe que les parties agiraient de bonne foi et que, si tel n'était pas le cas, y compris de la part de l'autorité contractante, les conséquences en découlant étaient régies par le régime général de passation des marchés de l'État adoptant.

75. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 17. Négociations finales

76. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes et invite à une négociation finale du contrat de concession le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

2. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat de concession, elle

informe ce dernier de son intention d'y mettre fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive. Si le soumissionnaire ne présente pas une offre acceptable par l'autorité contractante dans le délai prescrit, celle-ci met fin aux négociations avec lui. Elle invite ensuite les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à conclure un contrat de concession ou rejette toutes les propositions restantes. L'autorité contractante ne reprend pas des négociations avec un soumissionnaire auxquelles elle a mis fin conformément au présent paragraphe."

77. Par souci de clarté, il a été convenu d'insérer au paragraphe 1 les mots "en fonction des critères d'évaluation" après "propositions conformes".

78. Selon un avis, le paragraphe 2 comportait un risque, à savoir qu'une exigence formulée par l'autorité ou une contrainte imposée unilatéralement par elle n'entraîne la fin des négociations. Il a été répondu que les projets de dispositions types étaient censés proposer une procédure structurée pour les négociations finales. Ils n'étaient pas destinés à empêcher la mauvaise foi dans les négociations ce qui, du reste, leur était impossible. D'autres moyens devraient être prévus dans le régime général de passation des marchés de l'État adoptant pour prévenir et sanctionner toute mauvaise foi de la part de l'autorité contractante. L'existence d'un mécanisme de recours équitable et transparent était présupposée, comme l'indiquaient par exemple les projets de dispositions types 5 et 27.

79. Afin de faire apparaître plus clairement le lien entre le paragraphe 2 c) du projet de disposition type 12 et le paragraphe 2 du projet de disposition 17 (voir par. 58 et 59), il a été convenu de modifier la deuxième phrase de ce dernier paragraphe à peu près comme suit: "Si l'autorité contractante ne juge pas la proposition acceptable, elle met fin aux négociations avec le soumissionnaire concerné."

80. Il a été demandé si l'autorité contractante devrait être obligée de négocier avec tous les soumissionnaires sélectionnés ou si, après être parvenue à un accord avec l'un d'entre eux, elle pourrait écarter les soumissionnaires ayant obtenu une note inférieure, avant même de négocier avec eux. Si tel était le cas, il faudrait modifier le projet de disposition type 17 et insérer, à la fin de la troisième phrase du paragraphe 2, un libellé tel que "sans toutefois avoir à négocier avec tous" ou une formule similaire.

81. On a fait observer, en réponse, que les négociations finales prévues dans le projet de disposition type étaient de toute évidence envisagées comme des négociations consécutives et non simultanées. Le libellé du projet de disposition, a-t-on noté, s'inspirait de celui de l'article 44 de la Loi type sur la passation des marchés, qui traitait de la procédure de sélection des prestataires de services avec négociations consécutives. La proposition d'ajout n'a cependant pas été jugée nécessaire.

82. À ce sujet, il a été estimé que le projet de disposition type, tout en tenant compte de conseils donnés dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 84), allait plus loin que la recommandation 27. On ne voyait guère pourquoi l'autorité contractante devait s'interdire de rouvrir des négociations avec un soumissionnaire précédemment rejeté. Il pouvait arriver, pour diverses raisons, que l'autorité contractante ne puisse mener à terme des négociations avec

un autre soumissionnaire et souhaite faire une nouvelle tentative avec les mêmes soumissionnaires qu'elle avait précédemment écartés. Une disposition plus souple était souhaitable, a-t-on dit, en raison de la complexité et de la longueur des négociations. La Commission a pris note de cet avis, mais a estimé que le fait d'autoriser l'autorité contractante à rouvrir des négociations avec un soumissionnaire après y avoir mis fin reviendrait à transformer les négociations en négociations simultanées et ne permettrait pas d'assurer le degré de transparence recommandé dans le *Guide législatif*.

83. Sous réserve des modifications proposées ci-dessus, la Commission a approuvé ce projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

3. Négociation de contrats de concession sans procédure de mise en compétition

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

84. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

85. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

4. Propositions spontanées

86. Pour plus de clarté, les projets de dispositions types traitant des propositions spontanées étaient accompagnés d'une note de bas de page.

87. Ce projet de note n'a suscité aucun commentaire lors de la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 20. Admissibilité des propositions spontanées

88. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

89. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 22. Propositions spontanées ne comportant pas de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

90. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

91. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

5. Dispositions diverses

Disposition type 24. Confidentialité des négociations

92. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L'autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'autorité contractante et un soumissionnaire conformément [au paragraphe 3 de la disposition type 10, aux dispositions types 17, 18, 19 ou aux paragraphes 3 et 4 de la disposition type 23] sont confidentielles. Sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige, aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne, en dehors de ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants, des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'elle a reçues concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées sans le consentement de l'autre partie.”

93. On a fait observer que le projet de disposition type allait plus loin que la recommandation 36 en prévoyant que toutes les “communications” avec les soumissionnaires seraient confidentielles. Par ailleurs, la troisième phrase faisait uniquement référence à des informations confidentielles qu'une partie avait “reçues” et non à celles qu'elle avait pu fournir. Tel qu'actuellement libellé, le projet de disposition type semblait signifier implicitement qu'un soumissionnaire ne serait pas autorisé à communiquer à ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants, des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'il aurait fournies. On a fait valoir qu'on pourrait résoudre ce problème de manière adéquate en ajoutant “sauf exceptions appropriées, qui peuvent être prévues dans la sollicitation de propositions ou négociées avec l'autorité contractante” à la fin de la troisième phrase.

94. La Commission a reconnu que le libellé actuel soulevait des difficultés mais a estimé que l'amendement proposé ne suffirait pas à les régler, en particulier parce que le texte, tel qu'il était rédigé, faisait déjà référence au fait qu'une partie consente à communiquer des informations. Elle a ensuite examiné diverses autres solutions et est finalement convenue d'apporter les modifications suivantes à la troisième phrase de la disposition type: insérer “ou si la sollicitation de propositions

l'autorise" après "ordonnance judiciaire"; supprimer "en dehors de ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants"; et supprimer "qu'elle a reçues" après "d'autres informations".

95. Sous réserve de ces modifications et de la suppression des mots "des négociations" dans l'intitulé, la Commission a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 25. Avis d'attribution du contrat

96. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

97. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 27. Procédures de recours

98. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre III. Construction et exploitation de l'infrastructure

Disposition type 28. Contenu du contrat de concession

99. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Le contrat de concession comporte des dispositions sur des questions que les parties estiment appropriées, telles que:

a) La nature et la portée des travaux devant être réalisés et des services devant être fournis par le concessionnaire [*voir chap. IV, par. 1*];

b) Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du concessionnaire découlant du contrat de concession [*voir recommandation 5*];

c) L'assistance que l'autorité contractante peut fournir au concessionnaire pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure;

d) Toutes prescriptions relatives à la constitution d'une personne morale et à son capital minimum conformément à la [*disposition type 30*] [*voir recommandations 42 et 43 et disposition type 30*];

e) La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux [*dispositions types 31 à 33*] [*voir recommandations 44 et 45 et dispositions types 31 à 33*];

f) La rémunération du concessionnaire, qu'elle consiste en des redevances ou en des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de telles redevances ou de tels droits; et les versements éventuels pouvant être faits par l'autorité contractante ou une autre autorité publique [voir recommandations 46 et 48];

g) Les procédures d'examen et d'approbation des études techniques, plans et spécifications par l'autorité contractante et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage [voir recommandation 52];

h) L'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective de ce service, sa continuité et sa fourniture dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers [voir recommandation 53 et projet de disposition type 38];

i) Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux devant être réalisés et les services devant être fournis par le concessionnaire et les conditions auxquelles ainsi que la mesure dans laquelle l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent juger appropriées pour veiller à ce que l'ouvrage soit correctement exploité et à ce que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables [voir recommandations 52 et 54, al. b)];

j) La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme de réglementation, selon le cas, des rapports et d'autres informations sur ses activités [voir recommandation 54, al. a)];

k) Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en liaison avec les alinéas h) et i) ci-dessus, y compris toute indemnité à laquelle le concessionnaire pourrait avoir droit [voir chap. IV, par. 73 à 76];

l) Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui [voir recommandation 56];

m) Les garanties de bonne exécution que le concessionnaire est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure [voir recommandation 58, al. a) et b)];

n) Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie [voir recommandation 58, al. e)];

o) La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans le contrat de concession en raison de

circonstances échappant à son contrôle raisonnable [*voir recommandation 58, al. d*]);

p) La durée du contrat de concession et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation [*voir recommandation 61*];

q) Les modalités de calcul de l'indemnité en application de la [*disposition type 47*] [*voir recommandation 67*];

r) Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends pouvant surgir entre l'autorité contractante et le concessionnaire [*voir recommandation 69 et disposition type 49*].”

100. Il a été dit que l'on améliorerait le projet de disposition type en y insérant une référence à chacune des dispositions types ayant trait au contenu du contrat de concession, faute de quoi certaines dispositions importantes risquaient de sembler secondaires. Il a été proposé d'autre part que le projet de disposition type fasse aussi référence aux points suivants: mécanismes d'exécution prévus dans le cas où un utilisateur public de l'ouvrage ne paie pas les biens ou services fournis; répartition des risques en cas de vices cachés dans les ouvrages devant être rénovés; et répartition des risques concernant les conditions environnementales non divulguées pour les ouvrages devant être exploités ou rénovés par le concessionnaire. Une autre possibilité serait d'énumérer ces questions dans une note relative au projet de disposition type. D'autres questions ont été mentionnées au cours des délibérations, notamment les versements que le concessionnaire pourrait être tenu de faire à l'autorité contractante.

101. Tout en reconnaissant la pertinence de ces questions supplémentaires, la Commission a dans l'ensemble préféré ne pas allonger la liste des sujets auxquels il est fait référence dans le projet de disposition type, du fait en particulier que certaines des questions mentionnées dans la proposition n'avaient pas été examinées dans le *Guide législatif*. Elle a toutefois convenu que, par souci de clarté, une note de bas de page devrait accompagner le chapeau de la disposition type pour rappeler aux États adoptants que l'inclusion dans le contrat de concession de dispositions portant sur certaines des questions énumérées dans la disposition type était obligatoire en vertu d'autres dispositions types.

102. La Commission a noté qu'à sa quatrième session, en 2001, le Groupe de travail avait été d'avis dans l'ensemble que diverses questions traitées au chapitre IV du *Guide législatif* de la CNUDCI étaient de nature contractuelle et n'exigeaient pas de dispositions types particulières (voir A/CN.9/505, par. 110 à 116). Il était néanmoins convenu qu'il serait utile de rédiger une disposition législative type énumérant les questions essentielles devant être abordées dans l'accord de projet. La liste actuelle a été établie à partir des intitulés qui précédaient les recommandations 41 à 68, en apportant les modifications éventuellement nécessaires pour indiquer clairement, mais sans détails inutiles, les différents sujets à aborder dans cet accord (voir A/CN.9/505, par. 114). Certaines de ces questions faisaient également l'objet de dispositions types particulières, tandis que d'autres avaient trait à des recommandations pour lesquelles le Groupe de travail n'avait exigé aucune disposition (voir A/CN.9/522, par. 56).

103. La Commission n'ignorait pas qu'il y avait chevauchement entre des questions de la liste et des questions abordées dans les projets de dispositions types suivants.

Cela tenait au fait que le caractère contractuel ou réglementaire de certaines questions différait selon les systèmes juridiques. Dans l'ensemble, les projets de dispositions types figurant aux chapitres III, IV et V étaient le fruit d'un compromis auquel était parvenu le Groupe de travail, et il serait préférable que la Commission ne revienne pas sur la décision qu'il avait prise.

104. Il a été noté en outre que les mots “telles que”, dans le chapeau du projet de disposition type, avaient été employés par le Groupe de travail pour insister sur l'idée que la liste, tout en ayant trait à des questions essentielles, ne visait pas à être obligatoire dans son intégralité. La Commission a ensuite examiné diverses propositions visant à améliorer la formulation du projet de disposition type. L'une d'entre elles consistait à remplacer les mots “telles que”, dans le chapeau, par les mots “notamment, mais non exclusivement, parmi les suivantes,”. Une autre proposition était d'ajouter une note de bas de page rédigée de manière à indiquer que la liste n'était pas exhaustive et que les parties au contrat de concession pouvaient se mettre d'accord sur des dispositions relatives à toutes autres questions qu'elles jugeaient appropriées, y compris sur celles auxquelles il était fait référence dans d'autres dispositions types. Une autre proposition encore visait à présenter un tel texte dans un paragraphe distinct plutôt que dans une note de bas de page.

105. Après avoir longuement débattu de ces propositions, et notant qu'elles n'avaient pas reçu un appui suffisant, la Commission a décidé de conserver la formulation actuelle du projet de disposition type, sous réserve de l'addition d'un alinéa faisant référence à la mesure dans laquelle les informations devraient être traitées de manière confidentielle. Elle est également convenue que le titre du chapitre devrait être “Contrat de concession”, au lieu de “Construction et exploitation de l'infrastructure”.

106. Sous réserve de ces modifications, la Commission a approuvé ce projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 29. Droit applicable

107. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 30. Organisation du concessionnaire

108. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L'autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois du [*présent État*], à condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de propositions, selon le cas. Toute prescription relative au capital minimum d'une telle personne morale ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes desdits statuts sont énoncées dans le contrat de concession.”

109. Sous réserve de l'adjonction des mots “conformément aux termes de la sollicitation de propositions” à la fin de la seconde phrase, la Commission a

approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 31. Propriété des biens

110. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 32. Acquisition de droits relatifs au site du projet

111. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 33. Servitudes

112. Le texte du projet de disposition type et celui de la note de bas de page se rapportant à son intitulé étaient les suivants:

“Le concessionnaire [a le droit] [se voit accorder le droit] de pénétrer sur la propriété de tiers, d'y passer, d'y effectuer des travaux ou y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de son droit qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient ses entreprises de service public et exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois*]³⁹.

³⁹ Le droit de traverser une propriété adjacente à des fins liées au projet ou pour y effectuer des travaux peut être acquis par le concessionnaire directement ou d'office par une autorité publique en même temps que le site du projet. Une solution quelque peu différente pourrait être de prévoir que la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques (voir chap. IV, ‘Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet’, par. 30 à 32). La variante proposée dans la première série de crochets, dans la disposition type, vise à refléter ces options.”

113. Selon un avis, le projet de disposition type, dans sa rédaction actuelle, était trop ramassé et ne rendait pas suffisamment compte des différentes façons possibles de créer les servitudes pouvant être nécessaires à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé.

114. On a souligné qu'il n'était en général ni rapide ni économique de laisser au concessionnaire le soin d'acquérir des servitudes directement auprès des propriétaires des terrains visés. Il fallait par conséquent que le projet de disposition type indique plus clairement que ces servitudes devaient être obligatoirement acquises par l'autorité contractante en même temps que le site du projet.

115. Il a cependant été noté que, comme l'indiquait le *Guide législatif* (chap. IV, ‘Construction et exploitation de l'infrastructure’, par. 32), dans certains pays la loi elle-même autorisait les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance

d'infrastructures publiques. Cette solution pouvait éviter d'avoir à acquérir des servitudes sur différents terrains. Il s'agissait là d'une des possibilités à laquelle le projet de disposition type semblait vouloir se référer, sans toutefois atteindre le degré souhaitable de clarté.

116. La Commission a examiné diverses propositions visant à améliorer le texte du projet de disposition type. Elle est finalement convenue que, pour plus de clarté, ce dernier pourrait être calqué sur la structure plus analytique du projet de disposition type 32 et mentionner, dans son paragraphe 1, deux modalités possibles de création des servitudes (à savoir par la loi elle-même ou par un acte de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique), le paragraphe 2 devant quant à lui faire référence au respect de la législation interne sur les procédures de création des servitudes.

117. La Commission a prié le groupe de rédaction d'élaborer, en tenant compte de ces observations, un texte approprié qui remplacerait l'actuel projet de disposition type.

Disposition type 34. Arrangements financiers

118. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Le concessionnaire a le droit de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit. L'accord de concession prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits *[conformément aux règles établies par l'organisme de réglementation compétent]*⁴⁰.”

⁴⁰ Les péages, droits ou autres sommes perçus par le concessionnaire, désignés dans le *Guide législatif* par le terme ‘redevances’ peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, ‘Risques de projet et appui des pouvoirs publics’, par. 30 à 60). Le coût auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique d'infrastructure de l'État et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles de droit générales définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être ‘raisonnables’, ‘équitables’ ou ‘justes’ (voir chap. IV, ‘Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet’, par. 36 à 46).”

119. Selon une opinion, le projet de disposition type devrait indiquer que l'autorité contractante avait la faculté d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances acquittées par les utilisateurs. Il s'agissait là d'une question d'importance commerciale majeure qui était traitée dans la recommandation 48.

120. Cette proposition a tout d'abord suscité certaines réserves, du fait en particulier que la question était mentionnée à l'alinéa f) du projet de disposition type 28. En réponse à ces réserves, on a fait observer que cet alinéa f) mentionnait en fait l'insertion d'une clause appropriée dans le contrat de concession, technique qui risquait d'être insuffisante dans certains systèmes juridiques où l'autorité

contractante ne pouvait peut-être pas s'engager à effectuer des versements directs au concessionnaire sans y être autorisée par la loi.

121. La Commission a accepté la proposition et a décidé d'insérer dans le projet de disposition type un deuxième paragraphe indiquant que l'autorité contractante devrait être habilitée à accepter d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances ou droits perçus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

122. Afin de ne pas donner l'impression que le projet de disposition type conférerait au concessionnaire un droit absolu de demander, de recevoir ou de percevoir des redevances ou des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services fournis, la Commission est convenue de relier les deux phrases du paragraphe 1. Il fallait indiquer clairement dans le nouveau libellé que le droit du concessionnaire devait être "conforme au contrat de concession, qui prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits".

123. Sous réserve de ces modifications, la Commission a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 35. Sûretés

124. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Sous réserve de restrictions pouvant être indiquées dans le contrat de concession⁴¹, le concessionnaire a le droit de constituer, sur l'un quelconque de ses biens ou droits, y compris sur ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, y compris, en particulier, les suivantes:

a) Sûreté sur les biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet;

b) Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

2. Les actionnaires du concessionnaire ont le droit de nantir les actions qu'ils obtiennent de la société concessionnaire ou de constituer sur elles toute autre sûreté.

3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela est interdit par la loi du [présent État].

⁴¹ Ces restrictions peuvent, en particulier, concerner l'exécution de droits relatifs aux biens du projet d'infrastructure."

125. Il a été souligné que, dans certains systèmes juridiques, l'adjonction dans le contrat de concession d'une clause limitant le droit du concessionnaire de constituer des sûretés ne serait peut-être pas suffisante pour empêcher effectivement la constitution de telles sûretés en violation de cette clause, car la restriction imposée par le contrat de concession pourrait ne pas être opposable aux tiers. La Commission a pris note de cette observation et s'est dite consciente du fait que des mesures

supplémentaires devraient probablement être prises, dans certains systèmes juridiques, pour appliquer le projet de disposition type dans la pratique. Ce dernier reflétait cependant un principe juridique important existant dans plusieurs systèmes juridiques.

126. À ce sujet, il a été estimé que le projet de disposition type semblait limiter la portée de la recommandation 49 à de nombreux égards, notamment s'agissant de savoir si le concessionnaire devait ou non avoir le droit de constituer une sûreté sur les biens du projet lui appartenant, en prévoyant que des restrictions pouvaient être indiquées de manière appropriée dans le contrat de concession. On pouvait résoudre ce problème en supprimant la clause restrictive commençant par "sous réserve de" ainsi que la note 41.

127. En réponse à cette proposition, on a fait observer que le projet de disposition type abordait une question délicate d'ordre public et que son libellé actuel était le fruit d'un compromis acceptable entre les vues initialement divergentes qui avaient été exprimées à ce sujet lors de l'élaboration du *Guide législatif*⁶. Il a été souligné que, dans certains systèmes juridiques, l'octroi d'une sûreté à des prêteurs leur permettant de reprendre le projet n'était autorisé que dans des circonstances exceptionnelles et sous certaines conditions précises, à savoir que la constitution d'une telle sûreté soit soumise à l'approbation de l'autorité contractante; que la sûreté soit consentie dans le seul but de faciliter le financement ou l'exploitation du projet; et qu'elle soit sans conséquence pour les obligations contractées par le concessionnaire. Ces conditions découlaient souvent de principes généraux du droit ou de dispositions légales et étaient insusceptibles de dérogation conventionnelle par l'autorité contractante.

128. Après avoir examiné les vues exprimées, la Commission est convenue de ne pas modifier le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 36. Cession du contrat de concession

129. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Sauf disposition contraire dans la [disposition type 35], les droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession ne peuvent être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions auxquelles l'autorité contractante donne son consentement à une cession des droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de ce contrat et la production par lui de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service."

130. En réponse à une demande concernant le sens, dans la deuxième phrase, des mots "énonce" et "donne son consentement", il a été fait observer que le projet de disposition type rendrait obligatoire l'inclusion dans le contrat de concession des conditions d'autorisation d'une cession des droits du concessionnaire et que, une fois ces conditions remplies, l'autorité contractante aurait l'obligation de consentir à une cession.

131. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

132. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 38. Exploitation de l'infrastructure

133. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

134. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 40. Révision du contrat de concession

135. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. Sans préjudice de la [*disposition type 39*], le contrat de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de:

a) Changements dans la situation économique ou financière; ou

b) Changements apportés à la législation ou à la réglementation non spécifiquement applicable à l'ouvrage ou aux services qu'il fournit;

à condition que ces changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire:

a) Surviennent après la conclusion du contrat;

b) Soient indépendants de la volonté du concessionnaire; et

c) Soient de nature telle qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire les ait pris en considération lors de la négociation du contrat de concession ou en ait évité ou surmonté les conséquences.

2. Le contrat de concession établit des procédures de révision des clauses qu'il contient en cas de tels changements.”

136. En réponse à une question concernant les différences entre le projet de disposition type et l'alinéa c) de la recommandation 58, on a fait observer que

plusieurs éléments avaient été ajoutés au libellé de la recommandation de façon à tenir compte de l'examen approfondi aux paragraphes 126 à 130 du chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure cadre législatif et accord de projet", du *Guide législatif*.

137. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

138. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 42. Substitution de concessionnaire

139. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'autorité contractante peut convenir avec les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure de substituer au concessionnaire une nouvelle entité ou personne désignée pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de concession en vigueur en cas de manquement grave du concessionnaire initial ou de survenance d'autres événements pouvant, autrement, justifier la résiliation du contrat ou encore dans d'autres cas similaires⁴³.

⁴³ La substitution, au concessionnaire, d'une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante suivant les conditions convenues entre eux, vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation du contrat de concession (voir chap. IV, 'Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet', par. 147 à 150). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière échelonnée, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société concessionnaire par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante."

140. Il a été proposé de modifier le projet de disposition type afin d'y prévoir que le concessionnaire devrait être l'une des parties à l'accord énonçant les conditions de sa substitution. À l'appui de cette proposition, il a été déclaré qu'il fallait faire une distinction entre, d'une part, l'accord de principe sur le droit de substitution et, d'autre part, l'énoncé de la procédure de substitution. On a ajouté qu'il serait erroné de laisser entendre qu'un droit de substitution pouvait être établi sans l'accord du concessionnaire. Si les prêteurs étaient libres d'exercer ou non un tel droit, dans le cadre d'un accord direct avec l'autorité contractante, le concessionnaire devait donner son accord pour que ce droit puisse exister.

141. La Commission est convenue d'ajouter après les mots "projet d'infrastructure" "et avec le concessionnaire de prévoir la substitution à ce dernier d".

142. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc adopté quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre IV. Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession

1. Durée et prorogation du contrat de concession

Disposition type 43. Durée et prorogation du contrat de concession

143. Le texte du projet de disposition type était le suivant :

“1. La durée du contrat de concession, telle que stipulée conformément à [l'alinéa p) de la disposition type 28], n'est pas prorogée sauf à la suite des événements suivants:

- a) Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable de l'une ou l'autre des parties;
- b) Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques; ou
- c) [Autres événements spécifiés par l'État adoptant.]⁴⁴

2. La durée du contrat de concession peut par ailleurs être prorogée pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans le contrat, si le concessionnaire n'est pas en mesure de les amortir pendant la durée initiale.

⁴⁴ L'État adoptant voudra peut-être envisager la possibilité d'autoriser une prorogation par accord consensuel du contrat de concession conformément aux clauses de ce contrat pour des raisons impérieuses d'intérêt général.”

144. Selon un avis, le projet de disposition type, en particulier l'alinéa c), était trop restrictif, car il ne prévoyait pas la possibilité que l'autorité contractante et le concessionnaire conviennent de la prorogation de la concession dans le contrat de concession. Étant donné qu'il n'était généralement pas souhaitable d'exclure totalement la possibilité de négocier la prorogation de la période de concession, on a proposé de modifier la note en remplaçant “raisons impérieuses d'intérêt général” par “dans certaines circonstances particulières (telles que prévues dans le contrat de concession)”.

145. Cette proposition a recueilli un certain appui mais aussi soulevé de fortes objections. On a fait valoir que la disposition reflétait l'avis du *Guide législatif*, selon lequel cette prorogation ne devrait être autorisée que si cette possibilité était inscrite dans la loi de l'État adoptant. Dans son libellé actuel et conformément à la politique de la Commission telle qu'exprimée dans le *Guide législatif*, la note de bas de page rappelait aux États qu'ils voudraient peut-être envisager la possibilité d'autoriser une prorogation du contrat de concession par accord consensuel entre l'autorité contractante et le concessionnaire, mais uniquement pour des raisons

impérieuses d'intérêt général. En outre, une telle possibilité supplémentaire de prorogation devrait être exprimée dans la loi elle-même.

146. À l'issue de délibérations approfondies et après avoir examiné diverses autres propositions, la Commission est convenue d'ajouter dans la note les mots "dans la loi" après le mot "autoriser" ainsi qu'une référence au fait que l'autorité contractante doit motiver une prorogation dans les actes qu'elle est tenue de conserver.

147. On a alors fait observer que l'intitulé du chapitre IV des projets de dispositions types ("Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession") était incorrect, car aucune des dispositions y figurant ne traitait de la durée d'un contrat de concession. Il a donc été suggéré de supprimer le mot "durée" de l'intitulé. On a avancé, à l'appui de cette proposition, que l'idée même de préciser la durée des concessions de service public n'était peut-être pas toujours pertinente, car des États pouvaient transférer au secteur privé, pour une durée indéterminée, la responsabilité de fournir certains services auparavant publics.

148. En réponse, il a été fait remarquer que dans le *Guide législatif* la Commission partait du principe que les concessions de service public étaient souvent monopolistiques et qu'un régime trop généreux pour leur durée ou leur prorogation risquait de ne pas être conforme aux lois et politiques sur la concurrence d'un certain nombre de pays. Il fallait également des règles claires sur cette question pour garantir la transparence et protéger l'intérêt général. Cependant, il a été reconnu que le projet de disposition type ne traitait que partiellement ces questions et qu'il fallait une autre disposition prévoyant que le contrat de concession devait préciser la durée de la concession. On a dit que la référence à la durée du contrat de concession à l'alinéa p) du projet de disposition type 28 était insuffisante car la liste qui figurait dans celui-ci n'était pas obligatoire.

149. Après avoir examiné les divers avis exprimés, la Commission est convenue d'ajouter au début du projet de disposition type une phrase prévoyant que la durée de la concession devait être fixée dans le contrat de concession.

150. On a fait observer que le libellé actuel du projet de disposition type semblait prévoir un traitement différent pour les événements énumérés aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 et pour le cas envisagé au paragraphe 2. Il laissait aussi une marge d'interprétation quant au point de savoir si un concessionnaire avait le droit, éventuellement applicable par l'intermédiaire des mécanismes de règlement des différends convenus, de demander une prorogation du contrat de concession ou si une prorogation devait toujours faire l'objet d'une négociation et d'un accord entre les parties. Il a été largement estimé que l'accord des parties devait toujours être obtenu avant toute prorogation de la concession. Pour que ce principe apparaisse plus clairement, la Commission a décidé que les paragraphes 1 et 2 devaient être fusionnés et que le chapeau devait viser le consentement de l'autorité contractante.

151. Il n'a été fait aucune autre observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

2. Résiliation du contrat de concession

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

152. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L'autorité contractante peut résilier le contrat de concession:

- a) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations, en raison de son insolvabilité, d'un manquement grave ou pour d'autres motifs;
- b) Pour des raisons [impérieuses]⁴⁵ d'intérêt général, sous réserve du versement au concessionnaire d'une indemnité selon les conditions convenues dans le contrat de concession;
- c) [*Autres cas que l'État adoptant souhaiterait peut-être ajouter dans la Loi.*]

⁴⁵ [Un certain nombre de situations où une raison impérieuse d'intérêt général peut se manifester sont examinées au paragraphe 27 du chapitre V du *Guide législatif* intitulé ‘Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet’].”

153. Plusieurs questions ont porté sur le sens du mot “raisonnablement” à l’alinéa a), qui a été jugé ambigu, subjectif et source d’incertitude pour appliquer le projet de disposition type. On a par ailleurs critiqué le fait que la résiliation du contrat de concession semblait plus aisée que la reprise temporaire d’un projet d’infrastructure par l’autorité contractante prévue au projet de disposition type 41, laquelle n’était possible que si le concessionnaire avait “gravement manqué” à son obligation de fournir le service public.

154. En réponse, on a fait observer que la Commission estimait dans l’ensemble que, compte tenu des conséquences graves – telles que l’interruption, voire la cessation, de la fourniture du service – que pouvait avoir la résiliation du contrat, celle-ci devait être considérée, dans la plupart des cas, comme une mesure de dernier recours. Le *Guide législatif* allait plus loin en indiquant qu’il était en général souhaitable de prévoir que la résiliation de l’accord de projet serait soumise, dans la plupart des cas, à une conclusion définitive de l’organe de règlement des différends stipulé dans l’accord de projet (chap. V, “Durée, prorogation et résiliation de l’accord de projet”, par. 13). La condition envisagée à l’alinéa a) du projet de disposition type n’était en aucune façon moins stricte que celle prévue au projet de disposition type 41. En fait, conformément à l’alinéa a) du projet de disposition type 44, la résiliation n’était possible qu’en cas de manquement permanent du concessionnaire aux obligations qui lui incombait en vertu du contrat de concession ou d’une impossibilité pour lui de s’en acquitter. Le fait d’évaluer dans quelle mesure le concessionnaire ne pouvait ou ne voulait pas exécuter ses obligations ne constituait pas un jugement subjectif de l’autorité contractante, ce qu’indiquait clairement la formulation impersonnelle de l’alinéa a) (“lorsque l’on ne peut plus raisonnablement s’attendre”). On a fait observer que le critère du caractère “raisonnable” était utilisé dans divers systèmes juridiques et qu’une simple crainte

ou une opinion non fondée de l'autorité contractante ne serait pas suffisante à cet égard.

155. Après avoir examiné ces points de vue et sous réserve de la suppression des crochets entourant le mot "impérieuses" et la note 45, la Commission a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

156. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Le concessionnaire ne peut résilier le contrat de concession sauf:

- a) En cas de manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu du contrat de concession;
- b) Si les conditions de révision du contrat de concession prévues dans [le paragraphe 1 de la disposition type 40] sont réunies mais les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une telle révision; ou
- c) Si, pour l'exécution du contrat de concession, le concessionnaire a engagé des dépenses substantiellement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible du fait d'actes ou d'omissions de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques tels que ceux visés [aux alinéas h) et i) de la disposition type 28] et les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une révision du contrat de concession."

157. Selon un avis, le projet de disposition type, en particulier son alinéa b), était excessivement favorable au concessionnaire et potentiellement préjudiciable à l'intérêt général. En réponse, il a été souligné que le projet de disposition type devait être rapproché des indications fournies dans le *Guide législatif*, d'où il ressortait clairement que les droits de résiliation du concessionnaire étaient en fait plus restreints que ceux de l'autorité contractante. Dans la partie pertinente du *Guide législatif*, il était indiqué que si dans certains systèmes juridiques, l'autorité contractante conservait le droit absolu de résilier l'accord de projet, les motifs de résiliation par le concessionnaire étaient par contre habituellement limités aux cas de manquement grave de la part de l'autorité contractante ou à d'autres cas exceptionnels, et ne comprenaient pas normalement le droit général de résilier l'accord de projet à son gré. De plus, il était indiqué dans le *Guide législatif* que certains systèmes juridiques ne reconnaissaient au concessionnaire le droit de résilier l'accord de projet unilatéralement, mais uniquement celui de demander à un tiers, tel que le tribunal compétent, de déclarer la résiliation de l'accord de projet (chap. V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet", par. 28).

158. Il n'a été fait aucune autre observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

159. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

3. Arrangements lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession

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

160. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Le contrat de concession spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation du contrat, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application du contrat, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner.”

161. La Commission a décidé qu'il convenait de modifier le titre de la section précédant le projet de disposition type pour qu'il se lise “Arrangements lors de la résiliation ou de l'expiration du contrat de concession”. La Commission a également décidé que l'intitulé du projet de disposition type devait se lire “Indemnisation lors de la résiliation ou de l'expiration du contrat de concession”.

162. La Commission a accepté une proposition tendant à ce que le projet de disposition type reflète la teneur de la recommandation 67.

163. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 48. Liquidation et mesures de transfert

164. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Le contrat de concession énonce, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

- a) Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l'autorité contractante, selon qu'il convient;
- b) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;
- c) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;
- d) La fourniture, par le concessionnaire, de services et de ressources d'appui sans interruption, y compris de pièces de rechange, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire.”

165. La Commission a noté que la référence au transfert de technologie, y compris dans les notes correspondantes du *Guide législatif*, datait quelque peu et qu'il aurait été préférable de viser des concepts plus modernes comme la concession de licences sur les droits de propriété intellectuelle, les droits d'auteur et autres droits voisins.

166. La Commission a accepté une proposition tendant à ce que le projet de disposition type vise le principe énoncé dans la recommandation 66, selon lequel l'accord de projet devrait indiquer les critères permettant de fixer l'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit pour des biens transférés à l'expiration ou lors de la résiliation de l'accord de projet.

167. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre V. Règlement des différends

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

168. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

169. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 51. Autres différends

170. Il n'a été fait aucune observation sur ce projet de disposition type pendant la session. La Commission l'a donc approuvé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

D. Adoption des dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé

171. La Commission, après avoir examiné le texte des projets de dispositions types tels que révisés par le groupe de rédaction, a adopté la décision suivante à sa 768^e séance, le 7 juillet 2003:

“La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Ayant à l'esprit le rôle des partenariats secteur public/secteur privé dans l'amélioration de la mise en place et de la gestion rationnelle des infrastructures et des services publics,

Reconnaissant la nécessité de mettre en place un environnement favorable qui, d'une part, encourage l'investissement privé dans les

infrastructures et, d'autre part, tiennent compte des préoccupations d'intérêt général du pays,

Soulignant qu'il est important de prévoir des procédures efficaces et transparentes pour attribuer des projets d'infrastructure à financement privé et pour faciliter leur exécution grâce à des règles accroissant la transparence, l'équité et la viabilité à long terme et éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures,

Rappelant les précieuses orientations qu'elle a données¹ aux États Membres pour les aider à mettre en place un cadre législatif favorable à la participation du secteur privé à la construction d'infrastructures grâce au *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*², qui a été accueilli avec satisfaction par l'Assemblée générale dans sa résolution 56/79 du 12 décembre 2001,

Convaincue que les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé aideront également les États, en particulier les pays en développement, à mettre en place un cadre législatif approprié pour de tels projets,

1. *Adopte* les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé², telles qu'elles figurent dans l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-sixième session;

2. *Prie* le secrétariat de transmettre le texte des dispositions législatives types, de même que le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* aux gouvernements, aux organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales, entités du secteur privé et établissements universitaires concernés;

3. *Prie également* le secrétariat, sous réserve que des ressources soient disponibles, de regrouper en temps utile le texte des dispositions législatives types et le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* en une seule publication et, ce faisant, de maintenir les recommandations concernant la législation qui sont contenues dans le *Guide législatif* par les dispositions législatives types dans la mesure où elles traitent du même sujet;]

4. *Recommande* que tous les États prennent dûment en considération les dispositions législatives types de la CNUDCI et le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé* lorsqu'ils réviseront leur législation ou adopteront des lois sur la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation d'infrastructures publiques.”

¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17)*, par. 155 à 161.

² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.6.

IV. Projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

A. Approbation préliminaire du projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

172. La Commission a exprimé sa satisfaction devant les progrès accomplis par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) dans l'élaboration du projet de guide législatif, en se félicitant du niveau de consensus obtenu dans un domaine très complexe du droit et du caractère exhaustif et équilibré du projet de texte. Les solutions figurant dans le projet de guide législatif pourraient offrir des orientations utiles à des États de traditions juridiques et de niveaux de développement économique différents.

173. L'ouverture et la transparence du processus de la CNUDCI et les contributions d'un large éventail de participants à l'élaboration du projet de guide législatif ont été reconnues et jugées importantes pour parvenir à un résultat largement acceptable et facilement utilisable par les États. La Commission s'est félicitée de la coopération et de la coordination établies avec des organisations internationales pour l'élaboration du projet de guide et a insisté sur la nécessité de poursuivre dans cette voie, non seulement pour finaliser le texte, mais aussi pour faire connaître le projet de guide et en faciliter l'utilisation. Le colloque judiciaire international CNUDCI/Fédération internationale des praticiens de l'insolvabilité, qui s'est tenu à Londres, les 16 et 17 juillet 2001, a été cité comme exemple d'une approche susceptible d'être adoptée.

174. Le représentant du Fonds monétaire international a affirmé la nécessité de parvenir à une convergence autour d'un standard unique élaboré à l'échelon international pour contribuer à la réforme du droit de l'insolvabilité, ce standard conjuguant la souplesse, en reconnaissant différentes approches, et la spécificité, en donnant des orientations précises sur ces approches. On s'est félicité de la contribution du projet de guide législatif à cet égard. La Commission a noté que la Banque mondiale, qui avait décrit ses travaux d'une manière générale à la Commission, avait entrepris de réviser ses principes et lignes directrices régissant le traitement de l'insolvabilité et de la protection des droits des créanciers. Il a été largement admis que lors de l'élaboration de textes sur le droit de l'insolvabilité, il fallait éviter tant les doubles emplois que les divergences, tout en respectant les différents mandats de la Commission et de la Banque mondiale. On a relevé la communauté d'objectifs du projet de guide et des Principes de la Banque mondiale, en recommandant vivement l'adoption d'une approche coopérative pour parvenir à la convergence. À cette fin, il a été proposé que les points de divergence soient examinés à la prochaine session du Groupe de travail et que la Banque mondiale communique les documents pertinents pour faciliter ce débat.

175. La Commission a noté qu'un certain nombre d'initiatives récentes visant la réforme du droit de l'insolvabilité avaient été influencées par le projet de guide législatif et que l'achèvement de celui-ci faciliterait considérablement les efforts futurs dans ce domaine.

176. La Commission a également pris note de la collaboration entre le Groupe de travail V et le Groupe de travail VI (Sûretés) concernant le traitement des créanciers

garantis et des sûretés dans le cadre de l'insolvabilité et a souligné la nécessité de poursuivre cette collaboration pour achever le projet de guide législatif.

177. On a largement approuvé, dans leurs grandes lignes, les principaux objectifs et grands principes du projet de guide législatif, tout en observant que les travaux n'étaient pas encore achevés et qu'il fallait encore les développer et les affiner. La Commission a examiné l'approche générale de chaque chapitre. Il a été noté qu'il serait tenu compte des questions abordées (voir ci-après) lors de la révision future du texte et qu'elles seraient portées à l'attention du Groupe de travail V à sa prochaine session.

Première partie. Établir la structure et les principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

Chapitre premier. Introduction aux procédures d'insolvabilité

A. Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

178. Il a été largement admis que les principaux objectifs étaient bien ciblés et reflétaient les éléments nécessaires à un régime efficace et rationnel de l'insolvabilité, sous réserve de modifications rédactionnelles mineures. Il a été proposé en particulier qu'au paragraphe 1 (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2), la référence aux intérêts concernés par une législation de l'insolvabilité soit plus équilibrée, que le paragraphe 24 soit étoffé pour viser la structure d'un régime d'insolvabilité et le recours possible à des processus extrajudiciaires, et qu'à la dernière phrase de l'objectif principal 5, la référence à l'application de la suspension aux créanciers garantis soit assouplie.

179. Aucun commentaire quant au fond n'a été fait en ce qui concerne les sections B, "Équilibrer les principaux objectifs" et C, "Caractéristiques générales d'un régime d'insolvabilité".

Chapitre II. Types de procédures d'insolvabilité

180. Aucune observation quant au fond n'a été faite en ce qui concerne la section A, "Liquidation".

B. Redressement

181. Le fait de traiter les processus de redressement informels dans un guide visant principalement la législation relative à l'insolvabilité a suscité quelques inquiétudes, en particulier quant au degré de détail du traitement de ces processus dans le chapitre introductif. La Commission a néanmoins reconnu que ces types de processus étaient de plus en plus développés, qu'ils enrichissaient utilement la gamme des outils disponibles pour traiter les difficultés financières et que le mandat donné au Groupe de travail portait notamment sur l'examen de la restructuration extrajudiciaire. De plus, la description de ces processus servait d'introduction à l'examen des procédures de redressement accélérée dans le chapitre V de la deuxième partie. Il a été proposé que lors de l'examen de la partie du projet de guide législatif relative aux processus de redressement informels, le Groupe de

travail soit attentif aux intérêts du débiteur. On s'est également inquiété des processus qualifiés de procédures "administratives" au chapitre II, section C de la première partie, en s'interrogeant sur leur pertinence pour un régime commercial de l'insolvabilité, en notant toutefois aussi que ces types de procédures avaient été largement développés et utilisés pour traiter des situations systémiques récentes et, pour cette raison, méritaient d'être mentionnés dans la première partie.

182. Aucune observation quant au fond n'a été faite en ce qui concerne la section D, "Structure du régime de l'insolvabilité".

Deuxième partie. Éléments essentiels d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

Chapitre II. Demande d'ouverture et ouverture

183. Aucune observation quant au fond n'a été faite en ce qui concerne les sections A, "Admissibilité et compétence" et B, "Critères applicables" du chapitre II (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et 4).

Chapitre III. Traitement des biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Biens visés

184. Il a été proposé de mettre davantage l'accent sur la gestion des biens, par opposition à leur administration ou leur disposition. S'agissant de la date de constitution de la masse visée au paragraphe 65 de la section A (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5), il a été proposé d'approfondir la question des conséquences de la constitution rétroactive de la masse à la date de la demande d'ouverture pour régler, par exemple, le cas des opérations conclues entre la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure.

185. Aucune observation quant au fond n'a été faite en ce qui concerne les sections B, "Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité" et C, "Utilisation et disposition des biens" (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6 et 7).

D. Traitement des contrats

186. Tout en notant l'importance des contrats de travail et de leur traitement dans le droit de l'insolvabilité, la Commission a reconnu que ces contrats soulevaient des questions complexes et délicates de droit interne et de droit international qui ne pouvaient pas être traitées de manière exhaustive dans le projet de guide législatif (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8). La Commission a toutefois noté que les procédures de redressement examinées dans le projet de guide visaient expressément à faciliter la reprise d'activité et la préservation de l'emploi.

E. Procédure d'annulation

187. Il a été proposé que le projet de guide législatif (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9) approfondisse la question des conséquences de l'application

rétroactive de la période suspecte soit à la date de la demande d'ouverture soit à la date d'ouverture de la procédure et, plus généralement, que les effets de la demande d'ouverture et de l'ouverture de la procédure et leur traitement dans le projet de guide soient examinés de plus près à des fins de cohérence. Une question a été soulevée à propos des opérations à un prix sous-évalué et de ce qui constituerait une sous-évaluation, ainsi que la manière dont cette valeur serait déterminée aux fins de l'annulation.

F. Compensation et compensation globale

188. La Commission a noté l'importance cruciale de la compensation et de la compensation globale pour le bon fonctionnement et la stabilité du système financier international et des opérations financières et pour assurer la prévisibilité et la sécurité, dans le contexte de l'insolvabilité, des droits des parties à ces opérations. On attend que le Groupe de travail, à sa prochaine réunion, donne l'assurance que ces systèmes ne seraient pas affectés.

Chapitre IV. Participants et institutions

189. Aucune observation quant au fond n'a été faite en ce qui concerne les sections A, "Débiteur" et B, "Représentant de l'insolvabilité" (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10).

C. Créanciers

190. La Commission a pris note des inquiétudes exprimées à propos des différents mécanismes de participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité et de la nécessité d'une plus grande clarté, s'agissant en particulier des relations entre les droits des créanciers considérés individuellement et les mécanismes de représentation (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11).

D. Cadre institutionnel

191. La Commission a noté l'importance fondamentale du cadre institutionnel pour le fonctionnement efficace et rationnel d'un régime d'insolvabilité. Elle a également pris note avec satisfaction des travaux effectués par la Banque mondiale sur le renforcement des capacités (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11).

Chapitre V. Redressement

A. Plan de redressement

192. Il a été proposé que le traitement des créanciers garantis dans le cadre d'un redressement soit énoncé plus clairement dans le projet de guide, s'agissant en particulier du vote des créanciers garantis sur le plan, en tant que catégorie ou autrement (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12).

193. Aucune observation quant au fond n'a été faite en ce qui concerne la section B, "Procédure de redressement accélérée".

Chapitre VI. Administration de la procédure

A. Traitement des créances

194. Il a été proposé que le projet de guide législatif approfondisse la question complexe du déclassement des créances (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13).

195. Il a été noté que le Groupe de travail n'avait pas terminé ses débats sur les parties restantes du projet de guide, et aucun commentaire quant au fond n'a été fait en ce qui concerne les sections B, "Financement postérieur à l'ouverture de la procédure" et C, "Priorités et répartition" (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14); la section D, "Traitement des groupes de sociétés" (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16); la partie restante de ce dernier document traitant des droits de réexamen et d'appel du débiteur et des créanciers; et le chapitre VII, "Règlement de la procédure" (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15).

Loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité

196. La Commission a noté que le Groupe de travail n'avait pas eu la possibilité d'examiner la question de la loi applicable régissant la procédure d'insolvabilité, mais l'importance de la question pour la procédure d'insolvabilité et l'opportunité de traiter le sujet dans le projet de guide législatif ont été largement reconnues (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17).

B. Approbation de principe du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

197. Après avoir examiné le projet de guide législatif, la Commission l'a approuvé dans son principe dans les termes suivants:

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Reconnaissant l'importance pour tous les pays de solides régimes de l'insolvabilité,

Reconnaissant également qu'il est manifestement d'intérêt public de disposer d'un régime de l'insolvabilité efficace qui soit de nature à encourager le développement économique et les investissements,

Notant qu'il apparaît de plus en plus que les régimes de redressement sont essentiels au rétablissement des sociétés et à la relance de l'économie, au développement de l'activité des entrepreneurs, à la préservation de l'emploi et à l'offre de capital-risque,

Notant également que l'efficacité des régimes de redressement a une incidence sur le coût de l'emprunt sur le marché des capitaux, l'analyse comparative de ces systèmes devenant à la fois courante et essentielle aux fins de l'octroi de prêts,

Notant en outre l'importance des questions de politique sociale dans la conception d'un régime de l'insolvabilité,

Reconnaissant que des solutions aux questions juridiques et législatives clefs soulevées par l'insolvabilité qui sont négociées au niveau international avec la participation d'une large gamme de parties prenantes seront utiles tant aux États qui ne disposent pas d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace qu'à ceux qui ont entrepris de revoir et de moderniser leur régime de l'insolvabilité,

Reconnaissant également que le texte mis au point par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a été élaboré à la lumière du texte de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale¹ – avec lequel il est compatible – et que ces textes constitueront, de concert avec le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les sûretés mobilières, des éléments clefs d'un cadre de droit commercial moderne,

Notant la collaboration entre le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés) concernant le traitement des créanciers garantis et des sûretés mobilières en cas d'insolvabilité,

Rappelant que le Groupe de travail V a reçu pour mandat de présenter un exposé détaillé des principaux objectifs et des caractéristiques essentielles d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteur et créancier, où seraient examinés notamment la restructuration extrajudiciaire ainsi qu'un guide législatif proposant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques, et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients,

Reconnaissant les travaux réalisés sur la réforme du droit de l'insolvabilité par d'autres organisations internationales, dont la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement, la Fédération internationale des praticiens de l'insolvabilité, l'Association internationale du barreau et d'autres, ainsi que la nécessité d'une coopération et d'une coordination entre ces organisations et la Commission de façon que les travaux en cours soient cohérents et aillent dans le même sens et de façon à faciliter la mise au point de standards internationaux,

Notant les progrès réalisés par le Groupe de travail V sur la voie de la mise au point définitive du projet de guide législatif, et estimant que, étant donné que les éléments clefs sont achevés pour l'essentiel et vu l'intérêt manifesté pour un texte pouvant être utilisé pour la réforme des législations, le projet de guide pourrait être appliqué même avant son adoption définitive en 2004,

Soulignant la nécessité d'achever le plus rapidement possible les travaux sur le texte final du projet de guide législatif,

1. *Remercie* le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) des travaux qu'il a réalisés pour mettre au point le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité;

2. *Approuve en principe* les considérations de politique générale reflétées dans le projet de guide législatif ainsi que les objectifs clefs, les

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), annexe I.

caractéristiques générales et la structure d'un régime de l'insolvabilité, jugeant qu'ils correspondent au mandat donné au Groupe de travail, sous réserve de leur achèvement conformément aux objectifs clefs;

3. *Prie* le secrétariat de mettre le projet de guide législatif à la disposition des États Membres, des organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales compétentes, ainsi que du secteur privé, d'organisations régionales et d'experts pris individuellement, de sorte qu'ils puissent formuler des observations dès que possible;

4. *Recommande* que le secrétariat assure la coordination et coopère avec la Banque mondiale en vue d'identifier les points de divergence entre les *Principes et directives*, élaborés par la Banque, et en cours de révision, *régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers*, et le projet de guide législatif au niveau des principes clefs, et en vue de trouver un processus pour aligner ces textes compte tenu des impératifs de la procédure de chaque organe participant et dans les délais fixés pour l'achèvement du projet de guide législatif;

5. *Recommande également* que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés) continuent de collaborer à la mise au point définitive du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité;

6. *Prie* le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) d'achever ses travaux sur le projet de guide législatif et de le lui soumettre à sa trente-septième session pour mise au point définitive et adoption.

V. Arbitrage

198. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie d'une note du secrétariat intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Elle a poursuivi ses travaux sur la question à ses sessions suivantes. Il est pleinement rendu compte de ses délibérations à ces sessions dans ses rapports pertinents⁶.

199. À sa session en cours, la Commission a pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de ses trente-septième (Vienne, 7-11 octobre 2002) et trente-huitième (New York, 12-16 mai 2003) sessions (A/CN.9/523 et A/CN.9/524, respectivement). Elle a félicité le Groupe de travail des progrès accomplis jusqu'alors en ce qui concerne la question des mesures provisoires et conservatoires.

200. S'agissant de la question du pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, la Commission a noté qu'à sa trente-septième session, le Groupe de travail avait examiné un projet de version révisée de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119) et d'une proposition d'un État (A/CN.9/WG.II/WP.121). La question de savoir s'il convenait d'inclure une disposition autorisant un tribunal arbitral à ordonner ex parte des mesures provisoires ou conservatoires avait également été examinée à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523, par. 16 à 27). La Commission a noté que,

comme décidé lors de ces délibérations, un projet révisé avait été élaboré par le secrétariat pour examen à une session ultérieure du Groupe de travail (A/CN.9/WG.II/WP.123).

201. En ce qui concerne la question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires, la Commission a noté que le Groupe de travail l'avait brièvement examinée à sa trente-septième session, en se fondant sur la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 83) et le projet de texte (également reproduit dans le document A/CN.9/523, par. 78 et 79). La Commission a relevé que les délibérations s'étaient poursuivies à la trente-huitième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/524) et que le secrétariat avait été prié d'établir un texte révisé reprenant les diverses variantes examinées par le Groupe de travail.

202. La Commission a également noté qu'à sa trente-huitième session, le Groupe de travail avait examiné, en se fondant sur la note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 75 à 81), un projet de disposition qui habiliterait la juridiction étatique à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui de l'arbitrage, quel que soit le pays où l'arbitrage avait lieu. La Commission a relevé que même si une telle disposition avait l'appui de l'ensemble du Groupe de travail, les opinions divergeaient quant aux critères et aux standards à retenir pour le prononcé de telles mesures (A/CN.9/524, par. 77 et 78). Elle a noté qu'un projet de disposition révisé fondé sur les délibérations du Groupe de travail serait établi par le secrétariat pour examen par le Groupe de travail à une session ultérieure.

203. La Commission a convenu qu'il était peu probable que tous les sujets, à savoir la prescription de la forme écrite de la convention d'arbitrage et les diverses questions à examiner concernant les mesures provisoires ou conservatoires, puissent être achevés d'ici à sa trente-septième session en 2004. Il était entendu pour la Commission que le Groupe de travail accorderait un certain degré de priorité aux mesures provisoires ou conservatoires et elle a pris note de l'opinion selon laquelle la question des mesures provisoires ou conservatoires prononcées ex parte, qui, – elle en a convenu – demeurait un point controversé, ne devait pas retarder la progression des travaux sur ce sujet.

204. S'agissant des travaux futurs, la Commission a été informée que le secrétariat de la CNUDCI avait, à l'initiative de l'Organisation de coopération et de développement économiques et en collaboration avec celle-ci, organisé une réunion d'un groupe d'experts qui avait conclu que l'arbitrage était une méthode appropriée pour résoudre les litiges au sein des sociétés, en particulier lorsque les parties aux litiges venaient d'États différents. La question de l'arbitrabilité a été considérée comme étant au centre de ces travaux. La Commission a noté que l'arbitrabilité, question à laquelle un rang de priorité peu élevé avait été attribué dans le programme de travail du Groupe de travail⁷, pourrait être réévaluée lors de l'examen des travaux futurs. La Commission a aussi entendu des propositions tendant à ce que soit envisagée, pour inscription dans le futur programme de travail une fois achevé l'examen par le Groupe de travail des sujets inscrits au programme actuel, une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976) et de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996).

VI. Droit des transports

205. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a créé le Groupe de travail III (Droit des transports) et l'a chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, un instrument législatif portant sur des questions liées au transport international de marchandises telles que le champ d'application, la durée de la responsabilité du transporteur, les obligations du transporteur, la responsabilité civile du transporteur, les obligations du chargeur et les documents de transport⁸. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission a approuvé l'hypothèse de travail selon laquelle le projet d'instrument sur le droit des transports s'appliquerait aux opérations de transport de porte à porte, étant entendu que la question de son champ d'application serait à nouveau examinée une fois que le Groupe de travail aurait étudié ses dispositions de fond et aurait une vue plus complète de leur fonctionnement dans le contexte du transport de porte à porte⁹.

206. À sa présente session, la Commission était saisie des rapports des dixième (Vienne, 16-20 septembre 2002) et onzième (New York, 24 mars-4 avril 2003) sessions du Groupe de travail (A/CN.9/525 et A/CN.9/526 respectivement).

207. La Commission avait conscience de l'ampleur du projet entrepris par le Groupe de travail et s'est déclarée satisfaite des progrès accomplis jusqu'alors. Il a été largement estimé qu'ayant récemment achevé la première lecture du projet d'instrument sur le droit des transports, le Groupe de travail était arrivé à une phase particulièrement difficile de ses travaux. La Commission a noté qu'un nombre considérable de questions controversées concernant le champ d'application et des dispositions du projet d'instrument n'avaient toujours pas été tranchées. Il faudrait pour progresser assurer un délicat équilibre entre les intérêts divergents qui étaient en jeu. On a exprimé l'opinion qu'un instrument portant sur les opérations de transport de porte à porte pouvait être élaboré par un compromis reposant sur la responsabilité uniforme, l'élection de for et les marchés de gré à gré, qui ne serait pas applicable aux actions engagées contre les parties exécutantes d'un transport intérieur. Il a été dit aussi que la participation des intérêts des secteurs du transport routier et ferroviaire intérieur était essentielle pour atteindre les objectifs du texte. On a exprimé l'avis que le Groupe de travail devait continuer d'envisager une plus grande souplesse dans la conception de l'instrument proposé pour laisser aux États la possibilité d'adopter le régime relatif au porte à porte en tout ou en partie.

208. La Commission a également noté qu'étant donné la complexité de l'élaboration du projet d'instrument, le Groupe de travail s'était réuni à sa onzième session pendant deux semaines, mettant à profit le temps libéré par le Groupe de travail I qui avait achevé ses travaux sur les projets d'infrastructure à financement privé à sa cinquième session en septembre 2002. Le Président du Groupe de travail III a confirmé que pour faire aboutir dans un délai acceptable les travaux sur le projet d'instrument, le Groupe de travail devrait continuer à tenir des sessions de deux semaines. Après un débat, la Commission a autorisé le Groupe de travail III, à titre exceptionnel, à tenir, à ses douzième et treizième sessions, des sessions de deux semaines (pour la question générale de la répartition du temps entre les divers groupes de travail, voir plus loin, par. 270 à 275 et 277 et 278). Il a été convenu que la situation du Groupe de travail à cet égard devrait être réévaluée à la trente-septième session de la Commission, en 2004. Le Groupe de travail a été invité à

n'épargner aucun effort pour achever rapidement ses travaux et, à cette fin, à mettre à profit toute possibilité de tenir des consultations intersessions, éventuellement par courrier électronique. La Commission avait néanmoins conscience que, vu le nombre de questions qui restaient en suspens et la nécessité d'examiner bon nombre d'entre elles simultanément, il était particulièrement important que le Groupe de travail puisse tenir des réunions en bonne et due forme.

VII. Commerce électronique

209. À sa trente-quatrième session en 2001¹⁰, la Commission a approuvé les recommandations concernant les travaux futurs à réaliser qui avaient été faites par le Groupe de travail IV (Commerce électronique) à sa trente-huitième session (New York, 12-23 mars 2001) et qui figuraient dans le rapport du Groupe de travail (A/CN.9/484 par. 134). La liste complète de ces recommandations se trouve dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-cinquième session¹¹.

210. À sa trente-sixième session, la Commission a pris note des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses quarantième (Vienne, 14-18 octobre 2002) et quarante et unième sessions (New York, 5-9 mai 2003) (A/CN.9/527 et A/CN.9/528, respectivement).

211. La Commission a pris note des progrès déjà réalisés par le secrétariat en ce qui concerne l'étude des obstacles juridiques éventuels au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce. Elle a réaffirmé ses vues concernant l'importance de ce projet et son appui aux efforts qu'y consacrent le Groupe de travail et le secrétariat. Elle a rappelé qu'elle avait prié le Groupe de travail de réserver la plus grande partie de sa quarantième session, en octobre 2002, à un débat de fond sur diverses questions concernant les obstacles juridiques au commerce électronique qui avaient été soulevées dans l'étude initiale du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.94)¹². À cet égard, elle a pris note des délibérations du Groupe de travail relatives à l'étude initiale du secrétariat et, en particulier, du fait qu'il avait approuvé les conclusions du secrétariat. Elle a noté que le Groupe de travail avait recommandé au secrétariat d'élargir le champ de l'étude en la faisant porter également sur les obstacles au commerce électronique qui pourraient découler d'autres instruments dont d'autres organisations avaient proposé l'inclusion, et d'examiner avec ces organisations les modalités d'exécution des études nécessaires, compte tenu des contraintes que pourrait imposer au secrétariat sa charge de travail actuelle. Elle a invité les États membres à aider le secrétariat en recensant les experts compétents ou les sources d'informations pertinentes dans les divers domaines de compétence correspondant aux instruments internationaux en question.

212. La Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait poursuivi l'examen d'un avant-projet de convention traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques et a réaffirmé qu'un tel instrument pourrait contribuer à faciliter l'utilisation de moyens modernes de communication dans le cadre d'opérations commerciales transfrontières. Elle a été informée que le Groupe de travail avait commencé à examiner les articles 1 à 11 du texte révisé de l'avant-projet de convention et qu'il avait prié le secrétariat d'établir une version révisée qu'il examinerait à une session future. Il a toutefois été fait observer que, si le

Groupe de travail avait jusque-là retenu comme hypothèse de travail que l'instrument pourrait prendre la forme d'une convention internationale, cela n'excluait pas qu'il en choisisse une autre à un stade ultérieur de ses délibérations.

213. La Commission a été informée que le Groupe de travail avait procédé à un échange de vues sur les liens qui existent entre l'avant-projet de convention et les efforts déployés par le Groupe de travail pour lever d'éventuels obstacles juridiques au commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international dans le contexte de l'examen préliminaire du projet d'article X, auquel il a convenu de procéder ultérieurement (A/CN.9/528, par. 25). Elle a exprimé son appui aux efforts que déployait le Groupe de travail pour étudier les deux sujets en parallèle.

214. La Commission a été informée que, à sa quarante et unième session, en 2003, le Groupe de travail avait examiné à titre préliminaire la question de l'exclusion des droits de propriété intellectuelle du projet de convention (A/CN.9/528, par. 55 à 60). Elle a noté que le Groupe de travail estimait que ses travaux ne devaient pas viser à élaborer des règles fondamentales de droit matériel applicables aux opérations concernant des "biens virtuels", ni à savoir si et dans quelle mesure les "biens virtuels" étaient ou devraient être régis par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises¹³. La question qui occupait le Groupe de travail était celle de savoir si et dans quelle mesure les solutions concernant les contrats électroniques qui étaient envisagées dans le cadre de l'avant-projet de convention pouvaient également s'appliquer à des opérations supposant l'octroi de licences touchant la propriété intellectuelle et autres arrangements similaires. Le secrétariat a été prié de prendre l'avis d'autres organisations internationales, en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

VIII. Sûretés

215. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a chargé le Groupe de travail VI (Sûretés) d'élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks¹⁴. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission a confirmé le mandat donné au Groupe de travail et indiqué que ce mandat devait faire l'objet d'une interprétation large de façon qu'on obtienne un produit suffisamment souple qui devrait prendre la forme d'un guide législatif¹⁵.

216. À sa présente session, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses deuxième (Vienne, 16-20 décembre 2002) et troisième (New York, 3-7 mars 2003) sessions (A/CN.9/531 et A/CN.9/532, respectivement). Elle était également saisie du rapport de la première session conjointe du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (A/CN.9/535).

217. La Commission a félicité le Groupe de travail VI d'avoir achevé la première lecture des chapitres du projet de guide législatif sur les opérations garanties (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12) et la deuxième lecture de deux chapitres (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 et 5). Elle a aussi remercié les Groupes de travail V et VI des progrès réalisés pendant leur première réunion conjointe sur des questions d'intérêt commun et a noté avec satisfaction que des réunions d'experts communes

étaient prévues. Elle s'est en outre félicitée de la présentation de systèmes modernes d'inscription des sûretés mobilières, tels que celui de la Nouvelle-Zélande, qui avait été organisée à l'occasion de la deuxième session du Groupe de travail VI en décembre 2002, ainsi que du projet du secrétariat d'établir un document traitant des questions techniques que soulèvent de tels registres, en prenant comme exemple le système récemment introduit en Nouvelle-Zélande. À cet égard, il a été suggéré de faire également référence au *Guide sur les registres de biens meubles*, élaboré récemment par la Banque asiatique de développement, aux travaux entrepris sous les auspices de l'Organisation de l'aviation civile internationale en vue de la création d'un registre international de dépôt-notification des garanties internationales aux fins de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles¹⁶ et du Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques (Le Cap, 2001)¹⁷ ainsi qu'à d'autres documents analogues en cours d'élaboration par d'autres organisations, comme la Banque européenne pour la reconstruction et le développement et la Banque mondiale.

218. La Commission a en outre insisté sur l'importance de la coordination avec les organisations qui s'intéressaient au domaine du droit des opérations garanties et disposaient de compétences dans ce domaine, telles que l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), la Conférence de La Haye de droit international privé, la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement et la Banque asiatique de développement. Il a été fait référence aux travaux en cours de l'Unidroit concernant les sûretés sur les titres, aux *Principes et directives* de la Banque mondiale *régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers* pour autant que ceux-ci concernaient les opérations garanties, à la Loi type sur les opérations garanties et aux *Principes* de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, ainsi qu'au Guide de la Banque asiatique de développement sur les registres de biens meubles et à la loi type interaméricaine sur les sûretés de 2002. Il a aussi été dit qu'il fallait assurer la coordination avec la Conférence de La Haye en ce qui concerne le chapitre du projet de guide législatif sur les opérations garanties consacré aux conflits de lois, en particulier pour ce qui est de la loi applicable à la réalisation des sûretés en cas d'insolvabilité. À cet égard, étant donné qu'on ne savait pas très bien si le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) allait s'occuper de la question, il a été suggéré que des experts de ce Groupe de travail soient priés d'apporter une contribution aux délibérations du Groupe de travail VI.

219. En ce qui concerne la coordination avec la Banque mondiale, la Commission a noté que le Groupe de travail VI avait demandé que plus soit fait à cet égard (A/CN.9/532, par. 14) et a constaté avec satisfaction que des efforts étaient actuellement déployés pour faire en sorte que les *Principes et directives* de la Banque mondiale *régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers* et les textes de la Commission sur les opérations garanties et l'insolvabilité soient harmonisés pour constituer ensemble un standard international unique.

220. En ce qui concerne la portée des travaux, il a été suggéré que le Groupe de travail VI envisage de traiter, outre des biens meubles corporels (y compris les stocks) de certains types de biens incorporels, comme les créances commerciales, les lettres de crédit, les comptes de dépôt et les droits de propriété intellectuelle et

industrielle, étant donné leur importance économique pour les pratiques de financement modernes. S'agissant de l'importance des droits de propriété intellectuelle et industrielle, il a été fait référence aux opérations de financement de matériel dans lesquelles une sûreté était aussi souvent constituée sur la marque de fabrique de ce matériel et aux opérations dans lesquelles une sûreté était constituée sur la totalité des avoirs du débiteur. Vu la complexité de la question et les compétences disponibles au sein d'organisations internationales comme l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, il a été suggéré d'accroître la coordination et de réaliser des études supplémentaires. Ces deux suggestions ont reçu un large appui. La Commission a noté avec satisfaction que le secrétariat avait l'intention d'établir un document de travail sur ces questions en consultation avec toutes les organisations intéressées.

221. S'agissant du fond du projet de guide législatif, il a été déclaré que si le guide pouvait aborder les diverses approches susceptibles d'être adoptées avec succès en ce qui concerne les questions pertinentes, il devait également inclure des recommandations législatives claires. On a aussi fait observer que, lorsque plusieurs recommandations étaient formulées à propos d'une question, les avantages et les inconvénients de chaque approche, en particulier pour les pays en développement et les pays à économie en transition, devaient être examinés dans le détail.

222. Après un débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait donné au Groupe de travail VI à sa trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks, et la décision qu'elle avait prise à sa trente-cinquième session, à savoir que ce mandat devait faire l'objet d'une interprétation large de façon qu'on obtienne un produit approprié qui devrait prendre la forme d'un guide législatif. La Commission a également confirmé que c'était au Groupe de travail qu'il appartenait de déterminer la portée exacte de ses travaux et, en particulier, s'il fallait traiter dans le projet de guide législatif les créances commerciales, les lettres de crédit, les comptes de dépôt et les droits de propriété intellectuelle et industrielle.

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

223. La Commission a rappelé qu'à sa vingt-huitième session, en 1995¹⁸, elle avait approuvé un projet, entrepris conjointement avec le Comité D de l'Association internationale du barreau, qui visait à suivre la transposition dans les législations nationales de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958, la "Convention de New York")¹⁹. Il a été noté 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 des tribunaux appliquant la Convention de New York. Le secrétariat a présenté oralement à la Commission un rapport de situation, l'informant qu'au 1^{er} avril 2003, 133 États étaient parties à la Convention de New York et qu'il avait reçu 66 réponses au questionnaire.

224. La Commission a prié le secrétariat d'intensifier ses efforts afin d'obtenir les informations nécessaires pour progresser sur cette question et, à cette fin, de renvoyer le questionnaire aux États Parties à la Convention de New York en priant ceux qui n'y avaient pas encore répondu à le faire le plus tôt possible et ceux qui y

avaient déjà répondu à l'informer des faits nouveaux éventuellement survenus depuis leur réponse. Elle l'a également instamment prié de recueillir des renseignements d'autres sources, en particulier d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales.

X. Travaux futurs possibles dans le domaine des marchés publics

225. La Commission a fondé ses délibérations relatives aux marchés publics sur une note du secrétariat (A/CN.9/539) exposant les activités actuelles d'autres organisations dans le domaine des marchés publics et présentant des informations sur l'expérience pratique de la mise en œuvre de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés de biens, de travaux et de services²⁰, depuis son adoption en 1994.

226. On a fait observer que la Loi type de la CNUDCI sur les marchés contenait des procédures visant à assurer la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité du processus de passation des marchés et avait marqué un important jalon, au plan international, dans la réforme du droit applicable à la passation des marchés. Des législations fondées sur cette Loi type ou largement inspirées par elle avaient été adoptées par plus de 30 États dans différentes parties du monde, et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés avait permis une harmonisation étendue des règles et procédures relatives aux marchés publics. L'attention de la Commission a été attirée à cet égard sur l'expérience en matière de réforme de la législation sur la base de la Loi type, ainsi que sur les questions qui s'étaient posées lors de l'application concrète de cette dernière.

227. Un aspect de cette expérience concernait le recours accru au commerce électronique pour la passation des marchés publics, notamment les méthodes reposant sur Internet, qui étaient à même de promouvoir plus avant les objectifs de la législation sur les marchés publics. Par exemple, outre qu'elles étaient efficaces, les enchères électroniques pouvaient accroître la transparence par rapport aux appels d'offres traditionnels, tandis que les technologies de l'information pouvaient être utilisées pour améliorer l'information des fournisseurs. Il a cependant été soutenu que, même si l'interprétation des lois et règles existantes permettait d'étendre celles-ci à de nombreuses pratiques de passation des marchés par voie électronique, des obstacles indésirables à l'utilisation du commerce électronique pour la passation des marchés pouvaient subsister. Certains de ces obstacles étaient liés aux procédures de passation des marchés par voie électronique et ne seraient peut-être pas entièrement levés par une législation uniforme, en particulier les lois type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)²¹ et sur les signatures électroniques (2001)²², qui reposaient sur le principe de l'équivalence fonctionnelle des messages électroniques et des messages sur papier.

228. La Commission a également été informée des activités de certaines organisations internationales et régionales dans le domaine des marchés publics depuis l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés en 1994. Ces activités montraient l'importance croissante de régimes de passation des marchés pour le développement des économies nationales et l'intégration régionale et interrégionale. Elles témoignaient également du besoin de modèles harmonisés et

modernes et de la nécessité d'une coordination des efforts des organismes internationaux s'occupant du domaine de la passation des marchés.

229. De nombreuses délégations se sont déclarées très favorables à l'inclusion d'une loi sur les marchés publics dans le programme de travail de la Commission. Il a été dit qu'un cadre approprié pour la passation des marchés était indispensable pour que les fonds publics soient dépensés de manière efficace et transparente. Malgré l'utilité largement reconnue de la Loi type de la CNUDCI sur les marchés, de nouvelles questions et de nouvelles pratiques étaient nées depuis son adoption, qui pourraient justifier un effort d'adaptation de son texte. Un représentant a également fait observer qu'il faudrait également prendre en considération d'autres méthodes de passation des marchés, telles que les "enchères inversées" et les "achats standard", car on estimait que ces méthodes aidaient à limiter la collusion entre soumissionnaires et permettaient des économies potentielles sur les prix, par rapport aux méthodes traditionnelles de passation des marchés telles que l'appel d'offres.

230. La Commission est convenue de prier le secrétariat, comme point de départ, de préparer des études détaillées sur les questions qu'elle avait identifiées dans une note du secrétariat (A/CN.9/539 et Add.1) et de formuler des propositions sur la manière de les aborder afin qu'elles soient examinées par un groupe de travail qui pourrait être réuni au troisième trimestre de 2004, sous réserve de confirmation par la Commission à sa trente-septième session (voir par. 278 a)). Il a été suggéré que les études et propositions du secrétariat tiennent compte du fait que, dans certains pays, la passation des marchés publics ne relevait pas de la législation, mais de directives internes des ministères et organismes publics. Il a également été suggéré que les travaux de la Commission s'étendent aussi à la formulation de meilleures pratiques, de clauses contractuelles type et d'autres formes de conseils pratiques, en plus ou à la place d'orientations dans le domaine législatif. On compte que les travaux seront menés en étroite coopération avec des organisations ayant de l'expérience et de l'expertise dans ce domaine, comme la Banque mondiale. Les études du secrétariat devraient tenir compte des négociations qui ont lieu au sein d'autres instances internationales, telle l'élaboration d'une convention internationale contre la corruption par le Comité spécial créé par l'Assemblée générale dans sa résolution 56/260 du 31 janvier 2002, et les négociations engagées sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce et d'autres organisations internationales et régionales.

XI. Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale

231. À sa trente-cinquième session²³, en 2002, la Commission avait examiné une proposition tendant à ce que son secrétariat réalise une étude décrivant les pratiques financières et commerciales frauduleuses dans divers secteurs du commerce et des finances pour examen à une future session de la Commission.

232. À cette même session, la Commission avait été informée du fait que les pratiques frauduleuses, qui revêtaient habituellement un caractère international, avaient des conséquences économiques très graves pour le commerce mondial et portaient atteinte aux instruments commerciaux légitimes. Il a été noté que les

fraudes se multipliaient, en particulier depuis l'avènement de l'Internet, qui offrait de nouvelles possibilités aux fraudeurs.

233. Après avoir examiné cette proposition, la Commission avait décidé qu'elle devrait examiner la question des travaux dans le domaine de la fraude commerciale à une future session et avait demandé au secrétariat d'entreprendre une étude décrivant les pratiques financières et commerciales frauduleuses dans divers secteurs commerciaux et financiers. Elle ne fixait pas de délai à cette demande et ne s'engageait pas non plus à prendre quelque mesure que ce soit sur la base de cette étude²⁴.

234. À sa trente-sixième session, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles sur la fraude commerciale (A/CN.9/540). Elle a noté avec satisfaction le travail du secrétariat, qui avait convoqué à Vienne du 2 au 4 décembre 2002, une réunion d'experts sur le thème de la fraude commerciale et élaboré une note sur la base de cette réunion pour examen par la Commission.

235. On a fait observer que la fraude commerciale était toujours une préoccupation croissante dans le commerce international et une menace pour l'économie mondiale en général. On a noté qu'elle avait pris beaucoup d'ampleur. On a indiqué qu'il faudrait garder à l'esprit les intérêts particuliers des victimes de la fraude commerciale internationale dans les travaux futurs dans ce domaine.

236. La Commission a été informée que l'avènement et la diffusion des technologies et l'utilisation de l'Internet avaient fortement influé sur le développement et l'incidence de la fraude commerciale, du fait notamment de sa composante transnationale. Le Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, qui faisait également fonction de Président des conseillers juridiques des organismes des Nations Unies, a indiqué dans ce contexte que les conseillers juridiques avaient discuté de l'absence de régime juridique international pour l'Internet. À la suite de ces discussions, les conseillers juridiques s'étaient mis d'accord sur les points suivants, à transmettre aux États membres, selon qu'il conviendra:

a) L'Internet revêtait une importance fondamentale comme instrument de communication, de commerce, d'expression politique et culturelle, d'éducation et de coopération scientifique;

b) Étant donné le caractère international et les effets de l'Internet, les différents droits et appareils judiciaires nationaux n'étaient pas en mesure, pour la majeure partie des activités passant par l'Internet, de fournir un cadre juridique adéquat;

c) Il était urgent d'élaborer, au niveau international, une structure et des institutions juridiques favorisant la poursuite du développement de l'activité sur l'Internet dans un environnement de sécurité juridique ainsi que de respect de la primauté du droit et du caractère international de ladite activité.

237. L'attention de la Commission a été attirée sur les efforts de lutte contre la fraude au moyen des instruments juridiques internationaux de droit pénal, aussi bien ceux qui existaient déjà (en particulier la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (résolution 55/25 de l'Assemblée générale, annexe I)) que ceux qui en étaient aux derniers stades de négociation (en particulier la Convention des Nations Unies contre la corruption). Étant donné la part

importante du droit pénal dans ces efforts, la Commission a examiné le rôle utile qu'elle pourrait jouer en la matière, compte tenu de son mandat dans le domaine du droit commercial international. On a noté qu'il était difficile de donner une définition précise de la fraude commerciale, du fait notamment qu'elle relevait du droit civil, du droit pénal et de règlements, et que pareille ambiguïté, accentuée par les obstacles à la coopération transfrontière entre les diverses autorités compétentes, était en fait mise à profit par les fraudeurs. On a dit qu'il ne fallait pas voir dans la difficulté de définir la fraude commerciale comme une entrave au développement des travaux dans ce domaine au stade actuel et que l'on parviendrait plus probablement à une définition satisfaisante après clarification du sujet par la discussion, la diffusion d'informations et une étude plus poussée. Il a été noté que le droit privé pouvait jouer un rôle fondamental tenant à son utilité comme moyen de prévention de la fraude. En particulier, la Commission est convenue que les textes existants et futurs de la CNUDCI pourraient jouer un rôle important à cet égard.

238. La Commission a été informée que l'un des principaux problèmes, lorsque l'on voulait lutter efficacement contre la fraude, était la difficulté de rapprocher les organismes publics et privés appropriés nécessaires à cette fin. On a considéré que la Commission avait la capacité unique de mobiliser les intérêts publics et privés nécessaires pour lutter efficacement contre la fraude commerciale.

239. La Commission a été informée que, pour le moment, elle pourrait mettre l'accent sur la coordination avec d'autres organismes et sur la nécessité de sensibiliser à la fraude commerciale. À cet égard, on a indiqué que cela pouvait consister notamment à attirer l'attention sur les dangers des pratiques frauduleuses susceptibles d'avoir de graves répercussions sur l'économie des pays en développement, par exemple les opérations pyramidales, en particulier lorsqu'elles étaient le fait de personnes se trouvant en dehors des pays touchés. Cela devrait être fait sans empiéter sur les questions liées au droit pénal et aux dispositions réglementaires du pays.

240. La proposition faite par le secrétariat (A/CN.9/540, par. 65 à 67) concernant l'organisation d'un colloque international chargé d'étudier les différents aspects de la fraude commerciale du point de vue du droit privé et de permettre un échange d'idées entre les diverses parties intéressées, y compris des gouvernements, des organisations intergouvernementales et des organismes privés souhaitant particulièrement combattre la fraude commerciale et ayant des compétences en la matière, a été très favorablement accueillie. D'autres organismes intéressés des Nations Unies pourraient être invités à participer au colloque, qui serait l'occasion de promouvoir un échange de vues avec le secteur du droit pénal et le secteur réglementaire qui combattent la fraude commerciale et de recenser les activités susceptibles d'être coordonnées ou harmonisées.

241. La Commission a considéré qu'il serait utile de réaliser une étude sur les formes de fraude commerciale et elle a été informée que la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale pourrait peut-être le faire par l'intermédiaire du Centre pour la prévention internationale du crime de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, qui pourrait diriger cette activité de recherche en consultation avec la CNUDCI. Il a été dit que le colloque proposé sur la fraude commerciale pourrait être un forum utile pour la définition des paramètres de l'étude. La Commission a été informée que le processus de collecte et d'analyse des données prendrait de deux à trois ans et que des rapports intérimaires seraient

communiqués à la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, si elle le demandait. La Commission, notant que ses ressources étaient entièrement engagées dans la formulation de règles de droit privé et des activités connexes, a demandé que la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale prête son concours pour la réalisation d'une étude sur la fraude commerciale, comme base de travaux futurs possibles dans ce domaine. Il a été noté que le colloque et les études connexes à entreprendre en coopération avec la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale étaient considérés utiles en eux-mêmes et qu'il n'était pas prévu de créer un groupe de travail intergouvernemental sur la fraude commerciale.

XII. Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI, recueil analytique de jurisprudence relative à la Convention des Nations Unies sur les ventes et autres textes uniformes

A. Jurisprudence

242. La Commission a pris note avec satisfaction des 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 (Recueil de jurisprudence), qui consiste à élaborer des sommaires de jurisprudence, à compiler les textes intégraux des décisions et à mettre au point des outils de recherche et d'analyse, tels que des thésaurus et des index. À ce jour, 41 numéros rendant compte de 476 décisions ont été préparés en vue de leur publication dans le cadre de ce système. La Commission a été informée des nouvelles améliorations apportées au système, à savoir l'insertion, en première page des versions papier, d'une table des matières énumérant toutes les décisions, l'ajout d'hyperliens (actifs dans la version électronique) renvoyant au texte intégral de la décision en langue originale (lorsqu'il est disponible) ou à une traduction de la décision dans une des langues officielles de l'ONU (lorsqu'elle existe), la mention du nom de l'auteur du sommaire, l'adjonction de mots clefs (pour les décisions interprétant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985))²⁵ et l'insertion à la fin de chaque numéro d'un index complet. Elle a également été informée de la préparation d'un nouveau thésaurus ainsi que d'un index complet pour la Loi type sur l'arbitrage. Elle a assisté à une démonstration du nouveau moteur de recherche dans le Recueil de jurisprudence, qui offrait un accès indexé plus facile aux différents sommaires (en l'occurrence, ceux relatifs à la Loi type sur l'arbitrage), les recherches pouvant être effectuées à partir du numéro de la décision, du numéro d'article, du pays, d'un mot clef, du nom des parties et de la date.

243. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux pour leur travail de collecte des décisions et de préparation des sommaires. Il a été noté que le Recueil de jurisprudence demeurait un aspect important des activités de formation et d'assistance technique entreprises par la CNUDCI. La large diffusion du Recueil, à la fois sur papier et sous forme électronique, contribuait à l'interprétation et à l'application uniformes des textes de la CNUDCI en facilitant l'accès aux décisions judiciaires et aux sentences arbitrales rendues dans d'autres pays.

B. Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et autres textes uniformes

244. La Commission a rappelé qu'à sa trente-quatrième session²⁶, en 2001, elle avait prié son secrétariat d'établir, en collaboration avec des experts et des correspondants nationaux, un recueil analytique des décisions judiciaires et des sentences arbitrales faisant apparaître les tendances observées dans l'interprétation de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Rappelant ses observations sur les principes de l'élaboration d'un tel recueil, elle a été informée que, comme elle l'avait demandé à sa trente-cinquième session²⁷, en 2002, un projet de recueil analytique avait été préparé et était actuellement mis en forme, puis serait distribué aux gouvernements, aux correspondants nationaux et à d'autres parties intéressées pour commentaire avant finalisation et publication. La Commission a exprimé ses remerciements aux experts et aux correspondants nationaux pour leur contribution à l'élaboration des avant-projets de chapitres du recueil analytique concernant la Convention.

245. La Commission a aussi été informée que, comme elle l'avait demandé à sa trente-cinquième session, les avant-projets du recueil analytique concernant la Loi type sur l'arbitrage avaient été élaborés par son secrétariat, qui étudiait également la possibilité de préparer un recueil analytique de la jurisprudence relative à la Convention de New York. Il a été noté que, si les recueils analytiques concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes et la Loi type sur l'arbitrage avaient été élaborés en collaboration avec les correspondants nationaux, il n'existait pas de tels correspondants pour la Convention de New York. Il serait donc utile d'étudier la possibilité d'établir un recueil analytique concernant cette convention en coopération avec une organisation comme le Conseil international pour l'arbitrage commercial.

XIII. Formation et assistance technique

246. La Commission a été saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/536) décrivant les activités de formation et d'assistance technique entreprises depuis sa trente-cinquième session, en 2002, et indiquant l'orientation des activités futures, compte tenu en particulier de l'augmentation des demandes reçues par son 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 pouvant être tirés de leur adoption. Ces séminaires et missions d'information étaient souvent suivis d'une aide à l'élaboration ou à la finalisation de textes législatifs.

247. Il a également été noté que, depuis la trente-cinquième session de la Commission, des séminaires et missions d'information avaient été organisés par le secrétariat dans les villes ci-après: Belo Horizonte (Brésil) (27-29 mai 2002); Florianopolis (Brésil) (30 mai 2002); Quito (4 et 5 juillet 2002); Guayaquil (Équateur) (8 et 9 juillet 2002); Dhaka (28 octobre 2002); Bangkok (20-22 novembre 2002); Ouagadougou (19-21 novembre 2002); Astana (3 et 4 février 2003); et Hanoi (2-4 avril 2003). Il a aussi été indiqué que des membres du secrétariat avaient participé en tant qu'orateurs à plusieurs réunions convoquées par

d'autres organisations. Il a en outre été noté qu'il avait été impossible d'accéder à un certain nombre de demandes faute de ressources.

248. La Commission s'est félicitée des activités entreprises et a souligné combien le programme de formation et d'assistance technique était important pour les travaux d'unification et d'harmonisation qui constituaient l'essentiel de son mandat. Il a été dit que les activités de formation et d'assistance technique étaient particulièrement utiles aux pays en développement et aux pays à économie en transition qui manquaient de connaissances spécialisées dans les domaines traités par la CNUDCI. On a également fait observer que ces activités pouvaient jouer un grand rôle dans les efforts d'intégration économique entrepris par de nombreux pays.

249. La Commission a remercié la France, la Grèce et la Suisse pour avoir contribué au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, ainsi que l'Autriche, le Cambodge, Chypre, le Kenya, le Mexique et Singapour pour les contributions qu'ils avaient versées au Fonds d'affectation spéciale pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la Commission et à d'autres États. Elle a également exprimé sa gratitude aux organisations qui avaient contribué à son programme en fournissant des fonds ou du personnel ou en accueillant des séminaires.

250. Soulignant l'importance des ressources extrabudgétaires, la Commission a de nouveau appelé tous les États, les organisations internationales et les autres organismes intéressés 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 et aux représentants des pays en développement d'assister à ses réunions. Il a été suggéré que le secrétariat s'efforce activement d'obtenir des contributions d'organisations et de pays donateurs, par exemple en formulant des propositions concrètes de projets pour appuyer ses activités de formation et d'assistance technique.

251. Compte tenu des ressources limitées, budgétaires et 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. La Commission a pris note des remarques formulées par le Bureau des services de contrôle interne dans son rapport sur l'évaluation approfondie du programme relatif aux affaires juridiques (E/AC.51/2002/5, par. 64), selon lesquelles il serait utile d'évaluer l'efficacité des activités de formation et d'assistance technique fournies, et elle a prié le secrétariat d'envisager de donner suite à cette suggestion. On s'est aussi inquiété de ce que, sans actions de suivi et sans une coopération et une coordination efficaces entre le secrétariat et les organismes d'aide au développement qui fournissaient ou finançaient une assistance technique, l'assistance internationale ne conduise à l'adoption, au niveau national, de lois qui ne correspondaient pas aux normes convenues au niveau international. À cet égard, la Commission a pris note avec satisfaction des premières mesures adoptées pour donner suite à la demande que l'Assemblée générale avait faite au Secrétaire général d'augmenter sensiblement les ressources humaines et financières du secrétariat, dont une partie serait utilisée pour assurer l'exécution efficace de son programme de formation et d'assistance ainsi que pour la publication et la diffusion en temps voulu de ses travaux (voir par. 256 à 261).

XIV. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI

252. Sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/537), la Commission a examiné l'état des conventions et des lois types issues de ses travaux ainsi que l'état de la "Convention de New York". Elle a pris note avec satisfaction des nouveaux instruments déposés et des nouvelles législations adoptées depuis la clôture de sa dernière session le 28 juin 2002 concernant les textes ci-après:

a) Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg). Dépôt d'un nouvel instrument par la République arabe syrienne; nombre d'États parties: 29;

b) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). Dépôt d'un nouvel instrument par le Honduras; nombre d'États parties: 62;

c) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Dépôt de nouveaux instruments par le Brésil, la Jamaïque et le Qatar; nombre d'États parties: 133;

d) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985). Adoption d'un texte législatif fondé sur la Loi type en Azerbaïdjan, en Illinois (États-Unis d'Amérique), en Jordanie, au Paraguay et en Zambie;

e) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994). Adoption d'un texte législatif inspiré de la Loi type en Gambie, au Malawi, en République de Moldova et en Roumanie;

f) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996). Adoption d'un texte législatif inspiré de la Loi type dans les pays suivants: Jordanie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Thaïlande et Venezuela. Des textes législatifs ont aussi été adoptés sur la base de la Loi type dans le Bailiwick de Guernesey et à l'Île de Man (Dépendances de la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) et dans les îles Turques et Caïques (territoire d'outre-mer dépendant du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord);

g) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997). Un texte législatif a été adopté sur la base de la Loi type au Japon;

h) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001). Un texte législatif a été adopté sur la base de la Loi type en Thaïlande.

253. La Commission a noté avec satisfaction qu'un certain nombre d'États avaient fait savoir qu'ils envisageaient de prendre des mesures en vue d'adhérer à diverses conventions et d'adopter une législation fondée sur diverses lois types élaborées par la CNUDCI. Les États qui avaient incorporé ou étaient sur le point d'incorporer dans leur droit interne une loi type élaborée par la Commission ou qui envisageaient de prendre des mesures législatives concernant une convention résultant des travaux de la Commission ont été priés d'en informer le secrétariat de la Commission. Les États pourraient aussi envisager de rendre compte des activités tendant à la prise de mesures législatives concernant un texte de la CNUDCI ou à l'adoption d'une législation inspirée d'un texte de la CNUDCI. Les États qui avaient adopté une législation fondée sur des lois types de la CNUDCI étaient priés d'en adresser des exemplaires au secrétariat pour inclusion dans la bibliothèque. À cet égard, la

Commission a été informée que le secrétariat avait examiné la possibilité d'inclure le texte de ces lois sur le site Web de la CNUDCI, dans la langue d'origine et, le cas échéant, la traduction, même officieuse, dans l'une ou plusieurs des langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. Mettre à disposition les textes de droit interne adoptés sur la base d'instruments de la CNUDCI était, a-t-on dit, utile aux autres États qui envisageaient d'adopter des textes législatifs fondés sur ces mêmes instruments. Les États membres ont été priés d'aider le secrétariat à obtenir les droits nécessaires pour publier des textes législatifs sur le site Web de la CNUDCI dans les cas où des textes ou des bases de données législatives étaient protégés par des droits d'auteur.

254. La Commission a noté que pour être complets et produire des résultats concrets, les efforts déployés en vue de l'unification et de l'harmonisation du droit commercial devaient déboucher sur l'adoption et l'application uniforme par les États des textes élaborés par la Commission. Pour parvenir à ce résultat, celle-ci a prié son secrétariat de redoubler d'efforts afin d'aider les États à examiner, dans l'optique de leur adoption, les textes qu'elle avait élaborés. La Commission a lancé un appel aux représentants et observateurs assistant à ses réunions et à celles de ses groupes de travail pour qu'ils contribuent, dans la mesure jugée appropriée, à faciliter l'examen des textes de la Commission par l'organe législatif de leur État.

XV. Résolutions de l'Assemblée générale relatives aux travaux de la Commission et suivi de l'évaluation approfondie des travaux du secrétariat de la Commission

A. Résolutions 57/17, 57/18 et 57/20

255. La Commission a pris note avec satisfaction des résolutions de l'Assemblée générale 57/17 relative au rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-cinquième session, 57/18 relative à la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale, et 57/20 relative à l'augmentation du nombre des membres de la Commission, toutes datées du 19 novembre 2002.

B. Résolution 57/19

256. La Commission a également pris note avec satisfaction de la résolution 57/19 de l'Assemblée générale, en date du 19 novembre 2002, relative à l'amélioration de la coordination dans le domaine du droit commercial international et au renforcement du secrétariat de la CNUDCI. Conformément au paragraphe 2 de cette résolution, la Commission a examiné les applications pratiques des méthodes de travail qu'elle avait adoptées en 2001 (voir chap. XVIII ci-après).

257. La Commission a rappelé les débats qu'elle avait eus à sa trente-cinquième session²⁸, en 2002, concernant le renforcement de son secrétariat. Elle a été informée de la proposition de budget relative au Bureau des affaires juridiques du Secrétariat pour l'exercice biennal 2004-2005, en ce qui concerne plus particulièrement le sous-programme 5 (Harmonisation et unification progressives du droit commercial international) du chapitre 8 (Affaires juridiques) du projet de budget-programme (A/58/6). Il a été noté que le Conseiller juridique, en élaborant

ses propositions relatives au budget du Bureau des affaires juridiques pour l'exercice biennal 2004-2005, avait estimé possible d'accroître le niveau des ressources du secrétariat de la CNUDCI dans le cadre des ressources existantes du Bureau. En conséquence, le Secrétaire général proposait essentiellement que le Service du droit commercial international soit restructuré et étoffé par la création de trois postes de juristes et d'un poste d'agent des services généraux et qu'il devienne une division du Bureau des affaires juridiques. La Division reposerait sur deux piliers, le premier axé sur l'élaboration de normes uniformes et le second sur la coordination et les affaires extérieures.

258. Le premier pilier serait essentiellement chargé de la fonction traditionnelle exercée par le secrétariat de la CNUDCI à l'appui des activités normatives de la Commission et de ses groupes de travail. Au second pilier seraient essentiellement dévolues la fonction de coordination et les affaires extérieures, comme envisagé dans la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale du 17 décembre 1966, par laquelle a été créée la CNUDCI. Son rôle s'articulerait autour de la coordination des travaux des organisations internationales exerçant leur activité dans le domaine du droit commercial international; de l'assistance technique en matière législative, en particulier aux pays en développement afin de faciliter leur participation aux conventions existantes et l'application des dispositions législatives types élaborées par la CNUDCI; et de la diffusion d'informations sur l'évolution moderne du droit, y compris la jurisprudence, dans le domaine du droit commercial international. En outre, les États qui fournissent une assistance technique aux pays en développement dans le domaine de la réforme du droit commercial ont été encouragés à utiliser les documents de la Commission, et, si possible, à collaborer avec son secrétariat et les autres États membres à cet effet.

259. La Commission est convenue que la fonction de coordination, déjà importante en 1966, était devenue essentielle ces dernières années, eu égard à l'accroissement du nombre d'organisations, intergouvernementales et non gouvernementales, participant à l'élaboration de normes juridiques. Il faudrait reprendre la production de rapports sur les activités d'organisations œuvrant dans le domaine du droit commercial international. La promotion de normes juridiques uniformes supposerait que le secrétariat de la CNUDCI augmente considérablement son appui aux pays en développement sollicitant une assistance technique pour la modernisation de leur législation. La diffusion d'informations requiert des ressources considérables pour maintenir et mettre à jour la base de données du recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI et pour publier des sommaires de jurisprudence sur les principaux instruments issus des travaux de la CNUDCI. Ce travail a déjà commencé mais ne progresse pas suffisamment rapidement pour répondre à la demande, faute de ressources suffisantes. Le minimum de ressources nécessaires pour ce second pilier a été estimé à quatre administrateurs au total, sous l'autorité d'un juriste hors classe.

260. La Commission a noté que la proposition ci-dessus devait recevoir une recommandation favorable, tant de la cinquième Commission que de la sixième Commission de l'Assemblée générale. La Commission a instamment invité ses États membres et l'Assemblée à prendre toute mesure nécessaire pour accélérer l'augmentation longtemps attendue des ressources du secrétariat de la Commission.

261. Après avoir vivement appuyé la création proposée de la Division du droit commercial international, la Commission a tenu à exprimer sa gratitude au

Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, pour son engagement personnel et sa contribution décisive au processus d'unification, d'harmonisation et de modernisation du droit commercial international dans l'intérêt de la paix et de la stabilité mondiales.

XVI. Coordination et coopération

A. Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)

262. Le Secrétaire général de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) a présenté un rapport sur l'adoption, en 2002, d'une loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise et a informé la Commission des instruments finalisés ou adoptés depuis la trente-cinquième session de la Commission ou en cours d'examen à Unidroit.

263. La Commission a été informée de deux sessions conjointes du Conseil de direction d'Unidroit et de représentants de gouvernements d'États membres ("sessions de réflexion"), dont l'objectif était de permettre aux participants de procéder à un examen approfondi de la planification à moyen et à long termes des activités d'Unidroit. À cet égard, la Commission a noté la demande exprimée à l'issue de ces sessions visant à l'établissement d'un mécanisme commun de coordination des trois organisations ayant une activité législative dans le domaine du droit privé à l'échelon universel, à savoir la CNUDCI, la Conférence de La Haye de droit international privé et Unidroit. Un mode de coordination consisterait à ce que les trois secrétariats se réunissent une fois par an pour échanger des informations concernant les travaux en cours et futurs et, en particulier, tenter de coordonner les dates des sessions de travail et d'autres réunions afin de permettre aux gouvernements de planifier d'une manière systématique leur participation aux travaux des trois organisations. Les secrétariats devraient, si possible et dans la mesure nécessaire, définir également des moyens de faire participer à cette coordination d'autres organisations intergouvernementales et internationales régionales ayant une activité législative dans le domaine du droit privé et commercial.

B. Commissions économiques régionales de l'ONU

264. La Commission a examiné une note de Henry M. Joko-Smart (Sierra Leone), Président des vingt et unième et trente-cinquième sessions de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, tenues en 1988 et 2002 respectivement, sur les risques de chevauchement entre les travaux de la Commission et ceux des commissions régionales du Conseil économique et social de l'ONU, en particulier la Commission économique pour l'Europe. Cette note est ainsi libellée:

"1. En tant que Président des vingt et unième (1988) et trente-cinquième (2002) sessions de la CNUDCI, je propose que la Commission examine, à sa trente-sixième session (2003), certains éléments susceptibles d'accroître le risque de chevauchement entre ses travaux et ceux des commissions économiques régionales, en particulier de la Commission économique pour

l'Europe (CEE) de l'ONU. Je tiens à signaler que divers documents budgétaires publiés à propos de la CEE suscitent de nouvelles préoccupations, en particulier du fait que les activités de cette organisation régionale et celles d'une instance universelle comme la CNUDCI risquent de faire double emploi.

2. Par exemple, le chapitre du projet de budget-programme pour l'exercice biennal 2004-2005 consacré à la CEE¹, indique que celle-ci 's'emploiera à promouvoir l'adoption à l'échelon international [des] accords et règles [élaborés par elle], en particulier en matière de transports [et] de facilitation des échanges commerciaux'². Il fait état du 'nombre croissant de conférences et autres manifestations mondiales devant être organisées par la CEE'³. On constate donc que ce champ d'action de la CEE, lorsqu'elle s'attache à promouvoir ses normes et règles et à élaborer de nouveaux instruments notamment juridiques, se mondialise progressivement.

3. Un développement des activités de la CEE dans le domaine normatif et un renforcement du dialogue sur le cadre réglementaire à mettre en place pour faciliter les échanges commerciaux sont des évolutions positives pour les pays représentés au sein de cette commission. Je suggérerais toutefois que les États membres donnent leur avis sur l'opportunité d'approuver ce nouvel élan vers la mondialisation des travaux de la CEE, compte tenu du fait que cette dernière est une organisation régionale et n'a pas la composition universelle nécessaire pour produire des instruments de portée mondiale. Venant d'un pays qui n'est pas représenté au sein de la Commission économique pour l'Europe, j'exagérerais à peine en disant que j'ai été surpris de voir un organe régional se lancer dans l'harmonisation du droit au niveau mondial. Je pense que les représentants de pays d'autres régions partageront mon sentiment. Si l'objectif de la CEE est de participer plus activement aux travaux d'instances mondiales et d'influencer ces dernières en leur faisant profiter de son expérience acquise au niveau régional, notamment en matière normative, une telle activité peut être utile. Il faudra toutefois que les États membres de la CEE et ceux de la CNUDCI assurent une coordination et un suivi. Mon intention n'est pas de faire obstacle à la Commission économique pour l'Europe mais d'éviter que l'ONU ne parle de deux voix différentes au niveau mondial.

4. Les problèmes de coordination avec la CEE ne sont pas nouveaux. Déjà en 1995, la CNUDCI s'était dite généralement préoccupée des incidences possibles d'un document (TRADE/WP.4/R.1104), qui prévoyait la création au sein de la CEE d'un organisme qui allait devenir plus tard le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT)⁴. Dans ce document, il était suggéré que le Conseil économique et social accorde au CEFACT le statut de 'centre de compétences pour l'ensemble du système des Nations Unies' dans le domaine de la facilitation des échanges commerciaux (par. 64). Le mandat proposé pour le CEFACT était le suivant: '[faciliter] les transactions internationales grâce à la simplification et à l'harmonisation des procédures et des flux d'information,

¹ A/58/6 (sect. 20).

² Ibid., par. 20.6.

³ Ibid., par. 20.16.

contribuant ainsi à l'expansion du commerce mondial. Pour ce faire, [il devait] entre autres tâches: examine[r] et analyse[r] les procédures qu'appellent les transactions internationales, en vue de les raccourcir, de les simplifier et de les harmoniser; [...] élabore[r] des recommandations portant sur les questions juridiques et visant à éliminer les obstacles juridiques à l'informatisation des transactions et des procédures commerciales; coordonne[r] et, s'il y a lieu, harmonise[r] le programme de travail avec ceux d'autres organisations internationales comme [...] la CNUDCI' (par. 72). Dans le cadre du programme de travail suggéré pour le CEFAC, 'les activités ci-après devraient être considérées comme prioritaires: [...] élaboration de recommandations portant sur les questions juridiques et sur la manière d'éliminer les obstacles juridiques à l'informatisation des transactions et des procédures' (par. 96).

5. La CNUDCI avait alors réaffirmé son appui aux travaux réalisés par la CEE dans le domaine technique, notamment pour ce qui est de l'élaboration des messages EDIFACT. Elle avait néanmoins conclu que, vu son mandat général en tant que principal organe juridique dans le domaine du droit commercial international au sein du système des Nations Unies, les propositions susmentionnées de la CEE n'étaient pas acceptables. Elle était alors convenue de porter la question à l'attention de l'Assemblée générale⁵.

6. En réponse, l'Assemblée générale a réaffirmé que la CNUDCI avait pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine afin d'éviter un gaspillage d'efforts et de favoriser l'efficacité, la cohésion et la cohérence dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international. Elle lui a en outre recommandé de continuer, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organes et organisations internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de droit commercial international⁶.

7. Dans la résolution 2205 (XXI) qui lui a donné naissance, la CNUDCI s'est vu confier par l'Assemblée générale, en tant que première tâche parmi de nombreuses autres visant à harmoniser et à unifier progressivement le droit commercial international, le soin de coordonner les activités des organisations s'occupant de ces questions et de les encourager à coopérer entre elles⁷.

8. Depuis 1995, avec l'augmentation du nombre de sujets traités par la CNUDCI, la nécessité d'éviter les gaspillages d'efforts et les chevauchements au sein du système des Nations Unies se fait toujours plus pressante. L'année dernière, nous avons été informés que le Bureau des services de contrôle interne (BSCI), à l'issue de son évaluation approfondie du programme relatif aux affaires juridiques⁸, avait pris acte de cette situation critique, en particulier dans ses recommandations 13, sur la coordination accrue avec les

⁴ Le CEFAC a tenu sa première session en 1997.

⁵ Il est rendu compte de ce débat plus en détail dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17)*, par. 310 à 313.

⁶ Résolution 50/47 de l'Assemblée générale.

⁷ Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, sect. II, par. 8.

⁸ Voir E/AC.51/2002/5.

organisations de droit commercial international, et 15, sur le programme de travail élargi de la CNUDCI⁹.

9. En conclusion à la présente note, je pense que, compte tenu des faits ci-dessus illustrant les possibles difficultés entre la CNUDCI et les organisations régionales œuvrant dans le domaine juridique, bien que la résolution 50/47 de l'Assemblée générale reste pertinente, il ne suffira peut-être pas de lancer simplement un nouvel appel aux différents services du Secrétariat de l'ONU pour qu'ils coopèrent davantage entre eux. À mon avis, la CNUDCI devrait demander instamment à chaque État membre et à chaque État observateur d'assurer la coordination entre la délégation qui le représente auprès d'elle et la délégation qui le représente auprès de la commission économique de sa région."

265. La Commission a vivement appuyé les observations faites dans cette note par le Président des vingt et unième et trente-cinquième sessions, dont elle a approuvé les conclusions. Il a été affirmé que le type de difficulté évoqué dans la note, à savoir le chevauchement possible entre les travaux d'un organe véritablement universel comme la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et ceux d'un organe régional du système des Nations Unies tentant d'élargir son action à l'échelon mondial était le type de situation récurrente qu'il convenait d'éviter car elle risquait d'une part, de nuire à l'image de l'Organisation des Nations Unies et de compromettre l'efficacité de son action en faveur de la modernisation du droit commercial et d'autre part, d'aboutir à un gaspillage de ressources déjà limitées. La Commission a estimé que les organes compétents de l'Assemblée générale devraient examiner plus avant la question. Elle a également instamment invité chacun de ses États membres à encourager la coordination entre la délégation qui le représente à la CNUDCI et la délégation qui le représente à la commission économique de sa région.

XVII. Questions diverses

A. Bibliographie

266. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des écrits récents ayant trait à ses travaux (A/CN.9/538). Elle a été informée que cette bibliographie était régulièrement mise à jour sur le site Web de la CNUDCI (www.uncitral.org) et que pour chacun des sujets qu'elle traitait, une bibliographie récapitulative couvrant la période 1993-2003 était consultable en ligne. Elle a souligné qu'il était important que cette bibliographie soit aussi complète que possible et a donc prié les gouvernements, les établissements universitaires, les autres organismes concernés et les auteurs de faire parvenir des exemplaires des publications pertinentes au secrétariat.

⁹ Voir E/AC.51/2002/5, par. 82.

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

267. Il a été noté que l'Institut de droit commercial international de la Faculté de droit de Pace University à White Plains (New York) avait organisé le dixième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis à Vienne du 11 au 17 avril 2003. Comme les précédentes années, ce concours avait été coparrainé par la Commission. Il a été noté que les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au dixième Concours étaient fondées sur la Convention des Nations Unies sur les ventes, le Règlement d'arbitrage de l'Institut allemand d'arbitrage, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Convention de New York. Cent vingt-huit équipes représentant des facultés de droit de 40 pays ont participé au dixième Concours. L'équipe ayant le mieux plaidé a été celle de l'Université nationale des sciences juridiques de Calcutta (Inde). La Commission a noté que son secrétariat avait aussi organisé, pendant la même période, une série de conférences sur ses travaux. Il a été largement estimé que le Concours annuel, de par son caractère international, était une excellente occasion de diffuser des informations sur les textes juridiques uniformes et d'enseigner le droit commercial international. Il a été noté que le onzième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis se tiendrait à Vienne du 2 au 8 avril 2004.

268. À l'occasion du dixième Concours, la Commission a remercié son ancien secrétaire, Eric E. Bergsten, d'avoir mis au point cette manifestation annuelle et de la diriger avec succès depuis sa création en 1993/1994, et l'Institut de droit commercial international de la Faculté de droit de Pace University de l'avoir organisée.

C. Le site Web de la CNUDCI

269. La Commission s'est déclarée satisfaite de son site Web, considéré comme un élément important de son programme d'ensemble d'activités d'information, de formation et d'assistance technique. Il a été noté qu'un large éventail d'utilisateurs intéressés, dont des parlementaires, des juges, des praticiens et des universitaires pouvait avoir accès, de n'importe où dans le monde, au site Web de la CNUDCI. Il a été dit que le site permettait aux représentants d'avoir rapidement accès aux documents de travail dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, ce qui favorisait la transparence et facilitait les travaux de la Commission. Le site Web comprenait des textes adoptés, des rapports actualisés sur l'état des conventions et des textes adoptés, des décisions de juridictions étatiques ou arbitrales interprétant les textes de la CNUDCI (Recueil de jurisprudence), et des bibliographies concernant les travaux de la Commission. Celle-ci a été informée des nouvelles améliorations apportées au site Web, notamment de la poursuite de la mise sur le site des travaux préparatoires concernant les textes de la CNUDCI, de la mise en ligne de tous les *Annuaire de la CNUDCI* de 1968 à 1995 et de l'insertion d'un nouveau moteur de recherche pour la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI. Le site Web existait en anglais, espagnol et français, et la version russe devait être prête fin 2003. D'autres possibilités d'améliorations futures ont été examinées, notamment celle de mettre en ligne des enregistrements audio et vidéo des conférences relatives aux travaux de la CNUDCI et les versions arabe et chinoise des *Annuaire de la CNUDCI* ainsi que de créer des liens vers les textes

législatifs fondés sur des lois types, dans leur langue originale, et vers des traductions de textes de la CNUDCI dans d'autres langues, telles que l'allemand et le portugais.

XVIII. Date et lieu des réunions futures

A. Débat général sur la durée des sessions

270. Conformément au paragraphe 2 de la résolution 57/19 de l'Assemblée générale en date du 19 novembre 2002 sur l'amélioration de la coordination dans le domaine du droit commercial international et le renforcement du secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (voir ci-dessus par. 256 à 261), la Commission a examiné les applications pratiques de ses méthodes de travail, en particulier en ce qui concerne l'augmentation de trois à six du nombre des groupes de travail travaillant parallèlement et la réduction correspondante de deux semaines à une semaine de la durée des sessions des groupes de travail.

271. La Commission a rappelé que, pendant de nombreuses années, elle avait eu droit à 4 semaines par an pour ses sessions plénières et à un total de 12 semaines de services de conférence par an (6 à Vienne et 6 à New York) pour ses groupes de travail. Elle a également rappelé qu'au cours des deux années précédentes, elle avait introduit progressivement un nouveau système dans lequel ses groupes de travail tenaient des sessions, soit d'une semaine (cinq jours ouvrables), soit de deux semaines. À sa trente-cinquième session²⁹, en 2002, elle a considéré que, dans l'ensemble, ses méthodes de travail s'étaient révélées efficaces, ce qui laissait entendre que le nouveau système introduit en 2001 s'était révélé utile. L'inconvénient de la réduction de la durée d'une session d'un groupe de travail de neuf à cinq jours était plus que compensé, selon elle, par les avantages, à savoir la possibilité pour la Commission de travailler sur plus de trois sujets (ce qui était nécessaire étant donné le besoin urgent de moderniser la législation dans un nombre croissant de domaines du droit commercial); les économies de temps et d'argent pour les délégués assistant à une session donnée; et la possibilité, pour un certain nombre de membres de délégations d'États membres et d'observateurs, d'assister à une session de cinq jours ouvrables, mais, en raison de leur calendrier chargé, pas à une session de deux semaines.

272. À sa session en cours, la Commission a noté cependant qu'il y avait deux groupes de travail, en particulier, qui, étant donné l'étendue de leurs sujets et la nécessité d'accélérer leurs travaux, gagneraient à tenir des sessions de deux semaines sans repousser ce faisant les sessions des autres groupes de travail, qui avaient eux aussi des sujets urgents à leur ordre du jour. On s'attendait à ce qu'une telle situation se présente au moins en 2004 et en 2005. Les groupes de travail ayant besoin de sessions plus longues étaient le Groupe de travail III (Droit des transports) (qui avait été en mesure de se réunir deux fois pendant deux semaines car il avait pu utiliser le temps de conférence du Groupe de travail I) et le Groupe de travail VI (Sûreté). Il a été rappelé que le Groupe de travail III (Droit des transports) était en train d'élaborer un avant-projet d'instrument sur le transport de marchandises, qui était un document particulièrement long et complexe. Le Groupe de travail VI (Sûreté) était en train d'élaborer un projet de guide sur les opérations garanties qui

était également un instrument complexe et devait être achevé en 2005 pour coïncider avec les travaux d'autres organisations internationales.

273. La proposition de prolonger les sessions du Groupe de travail III et du Groupe de travail VI a été appuyée. Il a été rappelé que, lorsqu'elle avait décidé que les six groupes de travail auraient des sessions d'une semaine, en 2001, la Commission avait indiqué qu'il était entendu que ces nouveaux arrangements devraient être appliqués avec souplesse et que, selon le degré de priorité assigné, un groupe de travail pourrait consacrer la totalité d'une session de deux semaines à l'examen d'un seul sujet, tandis que d'autres sujets pourraient être abordés ensemble par un groupe de travail également pendant une session de deux semaines³⁰. Quant au nombre total de 12 semaines de services de conférence par an actuellement allouées aux sessions des groupes de travail, il a été proposé que la Commission demande au Comité des conférences de dégager les ressources supplémentaires nécessaires. La Commission a été informée des incidences pratiques de cette proposition, qui exigerait jusqu'à quatre semaines de conférence supplémentaires, ce qui entraînerait des dépenses (par exemple, coût des salles de conférence, commis aux documents et fonctionnaires de conférence, enregistrements sonores et services d'ingénierie et d'interprétation)³¹.

274. La proposition de modifier la nouvelle organisation des réunions deux ans seulement après sa mise en place a suscité des objections. Il a été souligné que l'on ne pouvait recommander de s'écarter ainsi de la pratique établie que dans des circonstances exceptionnelles. Il a été suggéré que, si les groupes de travail souhaitaient que la Commission augmente les ressources qui leur étaient allouées pour les conférences, ils devraient faire une demande indiquant les raisons précises pour lesquelles ils sollicitaient une telle dérogation. Un délégué a déclaré que ni le Groupe de travail III ni le Groupe de travail VI n'avait suffisamment expliqué pourquoi une augmentation des services de conférence était nécessaire pour la poursuite de ses travaux. Selon une autre proposition, qui a été peu appuyée, toute augmentation des services de conférence alloués à un groupe de travail devrait s'accompagner de l'obligation pour ce dernier d'achever ses travaux dans un délai déterminé.

275. Après un débat, la Commission a décidé qu'un esprit de souplesse devrait prévaloir lorsque l'on envisageait la possibilité d'accroître les services de conférence alloués à un groupe de travail. De l'avis général, les groupes de travail devraient normalement se réunir pour une session d'une semaine deux fois par an. Dans le cadre des 12 semaines de services de conférence auxquels avaient droit globalement les six groupes, du temps supplémentaire pouvait être accordé à l'un d'entre eux si un autre n'utilisait pas entièrement le sien. Toutefois, toute demande d'allongement de la durée des sessions à la suite de laquelle l'ensemble des groupes de travail aurait besoin de plus de 12 semaines de services de conférence devrait être revue par la Commission, et chaque groupe de travail devrait indiquer pourquoi un changement était nécessaire. Pour ce qui est du cas particulier des Groupes de travail III et VI, il a été noté que deux semaines de temps de conférence seraient disponibles avant la prochaine session de la Commission, étant donné que le Groupe de travail I (Passation de marchés) ne se réunirait pas à nouveau avant le deuxième semestre de 2004. Il a été décidé que ces deux semaines supplémentaires devraient être allouées au Groupe de travail III pour la poursuite de ses travaux. Quant à la possibilité d'ajouter 1 ou 2 semaines aux 12 semaines disponibles afin de répondre

aux besoins du Groupe de travail VI, il a été décidé qu'il faudrait peut-être revenir sur ce point à la prochaine session sur la base d'une demande motivée du Groupe de travail avant que la question puisse être soumise au Comité des conférences.

B. Trente-septième session de la Commission

276. La Commission a approuvé la tenue de sa trente-septième session à New York du 14 juin au 2 juillet 2004. Il a été noté qu'elle n'avait pas l'intention d'utiliser la totalité des quatre semaines de services de conférence qui lui étaient allouées en 2004. La durée de la session pourrait être encore réduite si cela s'avérait opportun compte tenu de l'état d'avancement des projets de textes élaborés par les divers groupes de travail.

C. Sessions des groupes de travail jusqu'à la trente-septième session de la Commission

277. La Commission a approuvé le calendrier ci-après pour les sessions de ses groupes de travail, sous réserve de l'annulation possible de certaines sessions qui serait décidée par les groupes de travail concernés dans les cas où, faute des ressources voulues, le secrétariat ne pourrait envisager de produire à temps la documentation nécessaire:

a) Groupe de travail I (Passation de marchés). La date de la sixième session a été reportée au deuxième semestre de 2004; les deux semaines de session initialement prévues ont été allouées par la Commission au Groupe de travail III (Droit des transports) pour qu'il puisse tenir deux sessions d'une durée de deux semaines chacune;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage) tiendra sa trente-neuvième session à Vienne du 10 au 14 novembre 2003, immédiatement avant la session du Groupe de travail IV, et sa quarantième session à New York du 23 au 27 février 2004;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendra sa douzième session à Vienne du 6 au 17 octobre 2003, et sa treizième session à New York du 3 au 14 mai 2004;

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendra sa quarante-deuxième session à Vienne du 17 au 21 novembre 2003, immédiatement après la session du Groupe de travail II, et sa quarante-troisième session à New York du 15 au 19 mars 2004, immédiatement avant la session du Groupe de travail V;

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendra sa vingt-neuvième session à Vienne du 1^{er} au 5 septembre 2003, immédiatement avant la session du Groupe de travail VI, et sa trentième session à New York du 22 au 26 mars 2004, immédiatement après la session du Groupe de travail IV;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendra sa quatrième session à Vienne du 8 au 12 septembre 2003, immédiatement après la session du Groupe de travail V, et sa cinquième session à New York du 29 mars au 2 avril 2004, immédiatement après la session du Groupe de travail V.

D. Sessions des groupes de travail après la trente-septième session de la Commission

278. La Commission a noté qu'un calendrier provisoire avait été établi pour la réunion des groupes de travail après sa trente-septième session (ce calendrier est soumis à son approbation à sa trente-septième session):

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa sixième session à Vienne du 11 au 15 octobre 2004, immédiatement avant la session du Groupe de travail IV;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage) tiendrait sa quarante et unième session à Vienne du 13 au 17 septembre 2004;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa quatorzième session à Vienne du 22 novembre au 3 décembre 2004 (voir par. 270 à 275);

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarante-quatrième session à Vienne du 18 au 22 octobre 2004, immédiatement après la session du Groupe de travail I;

e) Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité). La date de la trente et unième session a été reportée en principe à 2005, en fonction du programme de travail et sous réserve de l'approbation de la Commission; la session d'une semaine initialement prévue pour le deuxième semestre de 2004 a été provisoirement attribuée par la Commission au Groupe de travail III (Droit des transports) pour que ce dernier puisse tenir une session de deux semaines;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa sixième session à Vienne du 30 août au 3 septembre 2004.

Notes

¹ En 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, 19 ont été élus par l'Assemblée à sa cinquante-deuxième session, le 24 novembre 1997 (décision 52/314) et 17 à sa cinquante-cinquième session, le 16 octobre 2000 (décision 55/308). Par sa résolution 31/99 du 15 décembre 1976, l'Assemblée a modifié les dates de commencement et d'expiration du mandat des membres en décidant que ceux-ci entreraient en fonctions le premier jour de la session annuelle ordinaire de la Commission suivant leur élection et que leur mandat expirerait à la veille de l'ouverture de la septième session annuelle ordinaire suivant leur élection.

² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.6.

³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 et rectificatif (A/56/17 et Corr.3)*, par. 369.

⁴ Ibid.

⁵ Cette section contient des dispositions qui ont fait l'objet de commentaires de la part de la Commission. Le texte intégral des dispositions législatives de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, y compris les dispositions qui ont été approuvées sans commentaire, figure à l'annexe i.

⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17*

- (A/55/17), par. 389 à 399; *ibid.*, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 309 à 315; et *ibid.*, cinquante-septième session, Supplément n° 17 (A/57/17), par. 178 et 184.
- ⁷ *Ibid.*, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17), par. 351 à 353.
- ⁸ *Ibid.*, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 et rectificatifs (A/56/17 et Corr.1 et 3), par. 345.
- ⁹ *Ibid.*, cinquante-septième session, Supplément n° 17 (A/57/17), par. 224.
- ¹⁰ *Ibid.*, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 291 à 293.
- ¹¹ *Ibid.*, cinquante-septième session, Supplément n° 17 (A/57/17), par. 205.
- ¹² *Ibid.*, par. 207.
- ¹³ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.81.IV.3), première partie.
- ¹⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 et rectificatif* (A/56/17 et Corr. 3), par. 358 et 359.
- ¹⁵ *Ibid.*, cinquante-septième session, Supplément n° 17 (A/57/17), par. 204.
- ¹⁶ DCME Doc. n° 74 (OACI).
- ¹⁷ DCME Doc. n° 75 (OACI).
- ¹⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 401 à 404.
- ¹⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.
- ²⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17 et rectificatif* (A/49/17 et Corr.1), annexe I.
- ²¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.
- ²² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 et rectificatif* (A/56/17 et Corr.3), annexe II; voir aussi la résolution 56/80 de l'Assemblée générale, annexe.
- ²³ *Ibid.*, cinquante-septième session, Supplément n° 17 (A/57/17), par. 279 à 290.
- ²⁴ *Ibid.*, par. 290.
- ²⁵ *Ibid.*, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17), annexe I.
- ²⁶ *Ibid.*, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 395.
- ²⁷ *Ibid.*, cinquante-septième session, Supplément n° 17 (A/57/17), par. 243.
- ²⁸ *Ibid.*, par. 258 à 271.
- ²⁹ *Ibid.*, par. 271.
- ³⁰ *Ibid.*, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 382. L'ensemble de la discussion tenue pendant cette session sur les méthodes de travail de la Commission figure aux paragraphes 376 à 384.
- ³¹ La Commission a noté que le coût total du prolongement d'une semaine de la session d'un groupe de travail par an à Vienne serait de 68 166 euros. À New York, il serait de 80 565 dollars en 2004 et 82 338 dollars en 2005.

Annexe I

Dispositions types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé

Avant-propos

Les pages qui suivent contiennent un ensemble de principes législatifs généraux recommandés intitulés “Recommandations concernant la législation” et des dispositions législatives types (“les dispositions types”) sur les projets d’infrastructure à financement privé. Les recommandations concernant la législation et les dispositions types ont pour objet d’aider les organes législatifs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d’infrastructure à financement privé. Elles sont suivies de notes qui fournissent une analyse des différentes questions (financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres) liées au sujet examiné. Il est conseillé de lire les recommandations concernant la législation et les dispositions types conjointement avec les notes, qui fournissent des informations d’ordre général visant à mieux les faire comprendre.

Les recommandations concernant la législation et les dispositions types sont un ensemble de dispositions fondamentales portant sur des questions qu’il importe d’aborder dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d’infrastructure à financement privé.

Les dispositions types sont conçues pour être appliquées et complétées par des règlements plus détaillés, et les domaines pour lesquels un règlement serait plus approprié qu’une loi sont signalés. Par ailleurs, la réalisation avec succès de projets d’infrastructure à financement privé suppose, au-delà de la mise en place d’un cadre législatif approprié, l’existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, juridiques et financières, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu’une économie stable.

Il convient de noter que les recommandations concernant la législation et les dispositions types n’abordent pas d’autres domaines du droit qui ont également un impact sur les projets d’infrastructure à financement privé, mais sur lesquels aucune recommandation n’est formulée dans le *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d’infrastructure à financement privé*¹, par exemple, la promotion et la protection des investissements, le droit des biens, les sûretés, les règles et procédures d’expropriation, le droit général des contrats, les règles applicables aux marchés publics et le droit administratif, le droit fiscal, la protection de l’environnement et les lois relatives à la protection des consommateurs. Il ne faut pas perdre de vue les liens existant entre ces autres domaines du droit et tout texte législatif adopté ayant spécifiquement trait aux projets d’infrastructure à financement privé.

¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4.

Première partie

Recommandations concernant la législation

I. Cadre législatif et institutionnel général

Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel

(voir chap. I^{er}, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 2 à 14)

Recommandation 1. *Le cadre constitutionnel, législatif et institutionnel nécessaire à l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé devrait avoir pour objectif d'assurer la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets. Toutes restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures devraient être éliminées.*

Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions

(voir chap. I^{er}, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 15 à 22)

Recommandation 2. *La loi devrait spécifier les autorités publiques du pays hôte (à savoir, selon qu'il convient, les autorités nationales, provinciales et locales) habilitées à attribuer des concessions et à conclure des accords pour l'exécution de projets d'infrastructure à financement privé.*

Recommandation 3. *Les projets d'infrastructure à financement privé peuvent comprendre des concessions pour la construction et l'exploitation de nouveaux ouvrages et de nouveaux systèmes ou pour la maintenance, la modernisation, l'expansion et l'exploitation d'ouvrages et de systèmes existants.*

Recommandation 4. *La loi devrait spécifier les secteurs ou les types d'infrastructure pour lesquels des concessions peuvent être attribuées.*

Recommandation 5. *La loi devrait spécifier dans quelle mesure une concession peut s'étendre à l'ensemble de la région relevant de la compétence de l'autorité contractante ou seulement à une subdivision géographique de cette région ou encore à un projet particulier, et si elle peut être attribuée avec ou sans droit d'exclusivité, selon les cas, conformément aux règles et principes de droit, aux dispositions législatives, à la réglementation et aux politiques s'appliquant au secteur visé. Les autorités contractantes pourraient être habilitées à s'unir pour attribuer des concessions lorsque la compétence de chacune d'entre elles est en jeu.*

Coordination administrative

(voir chap. I^{er}, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 23 à 29)

Recommandation 6. *Des mécanismes institutionnels devraient être établis afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation des ouvrages du type proposé.*

Fonction de réglementation des services d'infrastructure

(voir chap. I^{er}, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 30 à 53)

Recommandation 7. *La fonction de réglementation des services d'infrastructure ne devrait pas être confiée à des entités qui fournissent directement ou indirectement de tels services.*

Recommandation 8. *La fonction de réglementation devrait être confiée à des organismes fonctionnellement indépendants et ayant une autonomie suffisante, de manière à ce que les décisions soient prises sans ingérence politique ou pressions inopportunes des exploitants d'infrastructures et des prestataires de services publics.*

Recommandation 9. *Les règles régissant les procédures de réglementation devraient être rendues publiques. Les décisions touchant à la réglementation devraient être motivées et accessibles aux parties intéressées par voie de publication ou par d'autres moyens.*

Recommandation 10. *La loi devrait établir des procédures transparentes en vertu desquelles le concessionnaire pourrait demander un réexamen des décisions touchant à la réglementation par un organisme indépendant et impartial, y compris par un tribunal, et devrait énoncer les motifs pouvant fonder une telle demande.*

Recommandation 11. *Des procédures spéciales devraient être établies, s'il y a lieu, pour régler les différends entre les prestataires de services publics concernant les infractions présumées aux lois et réglementations régissant le secteur visé.*

II. Risques de projet et appui des pouvoirs publics

Risques de projet et répartition des risques

(voir chap. II, “Risques de projet et appui des pouvoirs publics”, par. 8 à 29)

Recommandation 12. *Aucune restriction légale ou réglementaire injustifiée ne devrait limiter la faculté de l'autorité contractante de convenir d'une répartition des risques adaptée aux besoins du projet.*

Appui des pouvoirs publics

(voir chap. II, “Risques de projet et appui des pouvoirs publics”, par. 30 à 60)

Recommandation 13. *La loi devrait clairement indiquer les autorités publiques du pays hôte qui sont autorisées à fournir un appui financier ou économique pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé et quelles formes cet appui peut revêtir.*

Deuxième partie

Projets de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé

I. Dispositions générales

Disposition type 1. Préambule

(voir recommandation 1 et chap. 1^{er}, par. 2 à 14)

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

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de renforcer davantage les principes généraux de transparence, d'économie et d'équité dans l'attribution de marchés par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l'attribution des projets d'infrastructure;

[Autres objectifs que l'État adoptant souhaiterait éventuellement indiquer;]

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la loi ci-après:

Disposition type 2. Définitions

(voir introduction, par. 9 à 20)

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "ouvrage" désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population;

b) Le terme "projet d'infrastructure" désigne la conception, la construction, la mise en service et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l'expansion ou l'exploitation d'ouvrages existants;

c) Le terme "autorité contractante" désigne l'autorité publique qui a le pouvoir de conclure un contrat de concession pour l'exécution d'un projet d'infrastructure conformément aux dispositions de la présente Loi¹;

d) Le terme "concessionnaire" désigne la personne qui exécute un projet d'infrastructure dans le cadre d'un contrat de concession conclu avec une autorité contractante;

¹ Il est à noter que l'autorité visée dans cette définition est uniquement habilitée à conclure des contrats de concession. Suivant le régime réglementaire de l'État adoptant, un organisme distinct, appelé "organisme de réglementation" à l'alinéa h), peut être chargé d'édicter des règles et règlements régissant la prestation des services prévus.

e) Le terme “contrat de concession” désigne le ou les accords liant mutuellement l’autorité contractante et le concessionnaire qui énoncent les conditions d’exécution d’un projet d’infrastructure;

f) Les termes “soumissionnaire” et “soumissionnaires” désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection concernant un projet d’infrastructure²;

g) Le terme “proposition spontanée” désigne toute proposition relative à l’exécution d’un projet d’infrastructure qui n’est pas soumise en réponse à une sollicitation de propositions publiée par l’autorité contractante dans le cadre d’une procédure de sélection;

h) Le terme “organisme de réglementation” désigne une autorité publique qui est chargée d’édicter et de faire appliquer des règles et des règlements régissant l’ouvrage ou la prestation des services prévus³.

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des contrats de concession

(voir recommandation 2 et chap. I^{er}, par. 15 à 18)

Les autorités publiques ci-après ont le pouvoir de conclure des contrats de concession⁴ pour l’exécution de projets d’infrastructure relevant de leur compétence respective: *[l’État adoptant indique les autorités publiques du pays hôte qui sont habilitées à conclure des contrats de concession en insérant soit une liste exhaustive ou indicative de ces autorités, soit une liste des types ou catégories d’autorités concernés soit encore une combinaison des deux]*⁵.

² Les termes “soumissionnaire” ou “soumissionnaires” désignent, selon le contexte, soit des personnes qui ont sollicité une invitation à participer à une procédure de présélection, soit des personnes qui ont soumis une proposition en réponse à une sollicitation de propositions émanant de l’autorité contractante.

³ Il faudra peut-être définir la composition, la structure et les fonctions de cet organisme de réglementation dans un texte législatif spécial (voir recommandations 7 à 11 et chap. I^{er}, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 30 à 53).

⁴ Il est souhaitable d’établir des mécanismes institutionnels afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l’exécution des projets d’infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l’exploitation des ouvrages du type proposé (voir recommandation 6 et chap. I^{er} “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 23 à 29). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d’appui aux projets d’infrastructure, il peut être utile que les textes correspondants, tels que les lois ou règlements régissant les activités des organismes publics autorisés à fournir un tel appui, indiquent clairement quels sont les organismes habilités en la matière et quelle forme peut revêtir cet appui (voir chap. II, “Risques de projet et appui des pouvoirs publics”).

⁵ Les États adoptants auraient généralement deux possibilités pour compléter la présente disposition type. La première serait d’insérer une liste d’autorités habilitées à conclure des contrats de concession, soit dans la disposition elle-même, soit dans une annexe. La seconde serait d’indiquer dans une disposition les niveaux de l’État autorisés à conclure de tels contrats, sans désigner nommément les autorités publiques concernées. S’agissant d’un État fédéral, par exemple, cette disposition pourrait mentionner l’“Union, les États [ou provinces] et les municipalités”. En tout état de cause, il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un règlement d’application de la loi susceptible d’être adopté.

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

(voir recommandation 4 et chap. I^{er}, par. 19 à 22)

Des contrats de concession peuvent être conclus par les autorités compétentes dans les secteurs suivants: [l'État adoptant indique les secteurs concernés en insérant une liste exhaustive ou indicative]⁶.

II. Sélection du concessionnaire

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection

(voir recommandation 14 et chap. III, par. 1 à 33)

La sélection du concessionnaire est effectuée conformément aux dispositions types 6 à 27 et, pour les matières non régies ci-après, conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces pour l'attribution des marchés publics]⁷.

⁶ Il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d'application.

⁷ Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du concessionnaire et le cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics dans l'État adoptant. Si certains éléments de compétition structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d'adaptations pour tenir compte des exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé, telles qu'une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des sollicitations de propositions, des critères d'évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s'inspirent dans une large mesure de la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la Commission à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994 (la "Loi type sur la passation des marchés"). Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n'ont pas pour objet de remplacer ni de reproduire la totalité des règles de l'État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d'aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s'appliquant spécialement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu'il existe dans l'État adoptant un cadre général pour l'attribution des marchés publics prévoyant des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type sur la passation des marchés. Aussi n'abordent-elles pas un certain nombre d'aspects procéduraux d'ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C'est le cas, par exemple, des points suivants: modalités de publication des avis, procédures de publication des sollicitations de propositions, conservation des actes et informations concernant la procédure de passation, possibilité de divulguer des informations au public, garanties de soumission et procédures de recours. Lorsqu'il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type sur la passation des marchés qui peuvent, *mutatis mutandis*, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans le présent chapitre.

1. Présélection des soumissionnaires

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

(voir chap. III, par. 34 à 50)

1. L'autorité contractante engage une procédure de présélection afin d'identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet d'infrastructure envisagé.

2. L'invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs]*.

3. Dans la mesure où *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer à la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs]*⁸ ne l'exigent pas déjà, l'invitation à participer à la procédure de présélection contient au minimum les renseignements suivants:

- a) Une description de l'ouvrage;
- b) L'indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple, si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances ou si des fonds publics peuvent être octroyés au concessionnaire sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties); et
- c) Lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses du contrat de concession qui sera conclu;
- d) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et une heure précises et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes;
- e) Le mode et le lieu de soumission des demandes de dossier de présélection.

4. Dans la mesure où *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le cadre d'une procédure de présélection]*⁹ ne l'exigent pas déjà, le dossier de présélection indique au minimum les éléments suivants:

- a) Les critères de présélection prévus dans la disposition type 7;
- b) Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la disposition type 8 concernant la participation de consortiums;

⁸ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une invitation à participer à une procédure de présélection au paragraphe 2 de l'article 25 de la Loi type sur la passation des marchés.

⁹ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans un dossier de présélection au paragraphe 3 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés.

c) Si l'autorité contractante a l'intention de demander à un nombre limité¹⁰ seulement de soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément au paragraphe 2 de la disposition type 9 et, le cas échéant, la façon dont cette sélection sera effectuée;

d) Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une personne morale indépendante, constituée et incorporée selon les lois du [présent État] conformément à la disposition type 30.

5. Pour les matières non régies par la présente disposition type, la procédure de présélection est conduite conformément à [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite de la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs]¹¹.

Disposition type 7. Critères de présélection

(voir recommandation 15 et chap. III, par. 34 à 40, 43 et 44)

Pour être admis à la procédure de sélection, les soumissionnaires intéressés doivent satisfaire aux critères¹² justifiables objectivement que l'autorité contractante juge appropriés pour la procédure envisagée, tels qu'ils sont indiqués dans le dossier de présélection. Ces critères sont au minimum les suivants:

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

b) Être en mesure de gérer les aspects financiers du projet et de faire face sur le long terme aux besoins de financement pour ce projet;

c) Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'ouvrages similaires.

¹⁰ Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48 et 49). Voir également la note 14.

¹¹ Les paragraphes 2 à 7 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés décrivent différents aspects de la procédure de présélection, notamment la façon dont les demandes d'éclaircissements sont traitées et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante, concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires.

¹² Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Les différents problèmes posés par les préférences nationales sont examinés dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 43 et 44). Ce dernier indique que les pays souhaitant offrir des incitations aux fournisseurs nationaux peuvent éventuellement appliquer ces préférences sous la forme de critères d'évaluation spéciaux au lieu d'exclure systématiquement les fournisseurs étrangers. En tout état de cause, lorsque des préférences nationales sont envisagées, elles devraient être annoncées à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

Disposition type 8. Participation de consortiums

(voir recommandation 16 et chap. III, par. 41 et 42)

1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications conformément à la disposition type 7 concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants.

2. [Sauf autorisation contraire de ... [l'État adoptant indique l'autorité compétente] et] indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium simultanément¹³. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.

3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en considération les capacités de chaque membre du consortium et détermine si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

(voir recommandation 17 (pour le paragraphe 2) et chap. III, par. 47 à 50)

1. L'autorité contractante prend une décision sur les qualifications de chaque soumissionnaire ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans le dossier de présélection. Tous les soumissionnaires présélectionnés sont ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions conformément aux dispositions types 10 à 17.

2. Nonobstant le paragraphe 1, l'autorité contractante peut, à condition d'avoir fait une déclaration appropriée à cet effet dans le dossier de présélection, se réserver le droit de solliciter des propositions uniquement d'un nombre limité¹⁴ de soumissionnaires répondant le mieux aux critères de présélection une fois la procédure de présélection terminée. À cette fin, elle note les soumissionnaires qui satisfont aux critères de présélection en se fondant sur les critères appliqués pour

¹³ L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet.

¹⁴ Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le *Guide législatif* (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48). Il convient de noter que le système de notation est uniquement utilisé pour la présélection des soumissionnaires. Les notes attribuées aux soumissionnaires présélectionnés ne devraient pas être prises en considération lors de la phase d'évaluation des propositions (voir disposition type 15), pour laquelle tous les soumissionnaires présélectionnés devraient partir sur un pied d'égalité.

évaluer leurs qualifications et établit la liste des soumissionnaires qui seront invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée. En établissant la liste restreinte, l'autorité contractante applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans le dossier de présélection.

2. Procédure de sollicitation de propositions

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes
(voir recommandations 18 (pour le paragraphe 1) et 19 (pour les paragraphes 2 et 3) et chap. III, par. 51 à 58)

1. L'autorité contractante fournit un exemplaire de la sollicitation de propositions et des documents connexes publiés conformément à la disposition type 11 à chaque soumissionnaire présélectionné qui en acquitte le prix éventuellement demandé.

2. Nonobstant ce qui précède, l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés lorsqu'elle n'estime pas possible de décrire dans la sollicitation de propositions les caractéristiques du projet, telles que le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les arrangements financiers ou les clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives.

3. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent:

a) Les soumissionnaires sont invités, dans la sollicitation initiale de propositions, à soumettre, lors de la première étape de la procédure, des propositions initiales concernant le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les besoins de financement ou d'autres caractéristiques du projet ainsi que les principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante¹⁵;

b) L'autorité contractante peut convoquer des réunions et tenir des discussions avec l'un quelconque des soumissionnaires afin de clarifier certains points concernant la sollicitation initiale de propositions ou les propositions initiales et les documents joints présentés par les soumissionnaires. Elle dresse un procès-verbal de ces réunions ou discussions dans lequel elle indique les points qui ont été soulevés et les éclaircissements qu'elle a fournis;

¹⁵ Dans de nombreux cas, en particulier pour de nouveaux types de projets, il se peut que l'autorité contractante ne soit pas en mesure, à ce stade d'élaborer un projet détaillé des clauses contractuelles qu'elle envisage. Elle peut aussi juger préférable de rédiger ces clauses uniquement après une première série de consultations avec les soumissionnaires présélectionnés. Quoi qu'il en soit, il est important qu'elle donne, à ce stade, des indications sur les principales clauses du contrat de concession, en particulier sur la manière dont les risques de projet devraient être répartis entre les parties dans le cadre de ce contrat. Si cette répartition des droits et obligations contractuels est laissée entièrement ouverte jusqu'après la publication de la sollicitation définitive de propositions, les soumissionnaires peuvent chercher à réduire au minimum les risques qu'ils acceptent, ce qui peut aller à l'encontre de l'objectif d'un financement privé du projet (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 67 à 70; voir également chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29).

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser la sollicitation initiale de propositions en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement initiaux, ou encore d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans cette sollicitation de même qu'en y ajoutant d'autres caractéristiques ou des critères. L'autorité contractante indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection à conserver conformément à la disposition type 26 les motifs de toute révision de la sollicitation de propositions. Les propositions, suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives;

d) Durant la deuxième étape de la procédure, l'autorité contractante invite les soumissionnaires à soumettre des propositions définitives correspondant à un ensemble unique de spécifications du cahier des charges, d'indicateurs de résultats ou de clauses contractuelles conformément aux dispositions types 11 à 17.

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation de propositions

(voir recommandation 20 et chap. III, par. 59 à 70)

Dans la mesure où [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur des sollicitations de propositions]¹⁶ ne l'exigent pas déjà, la sollicitation de propositions comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions¹⁷;

b) Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante concernant les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement¹⁸;

c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante, avec indication des clauses considérées comme non négociables;

d) Critères d'évaluation des propositions et seuils éventuellement fixés par l'autorité contractante pour identifier les propositions non conformes; importance relative à accorder à chaque critère d'évaluation; et manière d'appliquer ces critères et seuils dans l'évaluation et le rejet des propositions.

¹⁶ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une sollicitation de propositions relatives à des services à l'article 38 de la Loi type sur la passation des marchés.

¹⁷ On trouvera une liste d'éléments à fournir au chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphes 61 et 62 du *Guide législatif*.

¹⁸ Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 64 à 66.

Disposition type 12. Garanties de soumission*(voir chap. III, par. 62)*

1. La sollicitation de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur de la garantie de soumission ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission demandée.

2. Un soumissionnaire ne perd pas les garanties de soumission qu'il a pu être tenu de fournir sauf dans les cas suivant¹⁹:

a) Retrait ou modification d'une proposition après la date limite de soumission des propositions et, si cela est prévu dans la sollicitation de propositions, avant la date limite;

b) Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 de la disposition type 17;

c) Défaut de présentation de sa meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément au paragraphe 2 de la disposition type 17;

d) Défaut de signature de l'accord de concession alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée;

e) Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du contrat de concession après l'acceptation de la proposition ou manquement, avant la signature du contrat de concession, à toute autre condition spécifiée dans la sollicitation de propositions.

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications*(voir recommandation 21 et chap. III, par. 71 et 72)*

L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, revoir et, selon qu'il convient, réviser tout élément de la sollicitation définitive de propositions mentionné dans la disposition type 11. Elle indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection devant être conservés conformément à la disposition type 26 les motifs de toute révision de la sollicitation. Les suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la sollicitation de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.

Disposition type 14. Critères d'évaluation*(voir recommandations 22 (pour le paragraphe 1) et 23 (pour le paragraphe 2) et le chap. III, par. 73 à 77)*

1. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques²⁰ incluent au minimum les éléments suivants:

a) Rationalité technique;

¹⁹ On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 32 de la Loi type sur la passation des marchés.

²⁰ Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 74.

- b) Respect des normes environnementales;
 - c) Faisabilité opérationnelle;
 - d) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.
2. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales²¹ incluent, selon qu'il convient:
- a) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, prix unitaires et autres charges proposés;
 - b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante propose d'effectuer, le cas échéant;
 - c) Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur courante des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance;
 - d) L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, d'une autorité publique de [*l'État adoptant*];
 - e) La viabilité des arrangements financiers proposés;
 - f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions;
 - g) Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

(voir recommandation 24 et chap. III, par. 78 à 82)

1. L'autorité contractante compare et évalue chaque proposition conformément aux critères d'évaluation, à l'importance relative accordée à chacun d'eux et à la procédure d'évaluation prévue dans la sollicitation de propositions.
2. Aux fins du paragraphe 1, l'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils sont considérées comme non conformes et sont écartées de la procédure de sélection²².

²¹ Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 75 à 77.

²² La présente disposition type donne un exemple de procédure d'évaluation susceptible d'être appliquée par une autorité contractante pour comparer et évaluer des propositions concernant des projets d'infrastructure à financement privé. D'autres procédures, telles que le processus d'évaluation en deux temps ou le système à deux enveloppes, sont décrites au chapitre III, "Sélection du concessionnaire" (par. 79 à 82) du *Guide législatif*. Contrairement à la procédure prévue dans la présente disposition, elles sont censées permettre à l'autorité contractante de comparer et d'évaluer les critères non financiers indépendamment des critères financiers afin d'éviter des situations où une importance excessive serait accordée à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers. Pour assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité de la phase d'évaluation de la procédure de sélection, il est recommandé à l'État adoptant d'indiquer dans sa législation les méthodes que les autorités contractantes peuvent employer pour comparer et évaluer les propositions ainsi que leurs modalités d'application.

Disposition type 16. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères
(voir recommandation 25 et chap. III, par. 78 à 82)

L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il démontre à nouveau ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne démontre pas à nouveau ses qualifications alors qu'il en a été prié²³.

Disposition type 17. Négociations finales
(voir recommandations 26 (pour le paragraphe 1) et 27 (pour le paragraphe 2) et chap. III, par. 83 et 84)

1. L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes et invite à une négociation finale du contrat de concession le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

2. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat de concession, elle informe ce dernier de son intention d'y mettre fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive. Si l'autorité contractante estime que cette offre n'est pas acceptable, elle met fin aux négociations avec le soumissionnaire. Elle invite ensuite les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à conclure un contrat de concession ou rejette toutes les propositions restantes. L'autorité contractante ne reprend pas des négociations avec un soumissionnaire auxquelles elle a mis fin conformément au présent paragraphe.

3. Négociation de contrats de concession sans procédure de mise en compétition

Disposition type 18. Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition
(voir recommandation 28 et chap. III, par. 89)

Sous réserve de l'approbation de [l'État adoptant indique l'autorité compétente]²⁴, l'autorité contractante est autorisée à négocier un contrat de concession sans

²³ Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, les critères doivent être les mêmes que ceux utilisés dans le cadre de cette procédure.

²⁴ Soumettre l'attribution du contrat de concession sans recours à une procédure de mise en compétition à l'approbation d'une autorité supérieure vise à faire en sorte que l'autorité contractante n'engage des négociations directes avec des soumissionnaires que dans les circonstances appropriées (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 85 à 96). C'est pourquoi la disposition type propose que l'État adoptant indique quelle autorité est compétente pour autoriser des négociations dans tous les cas prévus par elle. L'État adoptant peut néanmoins fixer différentes conditions d'approbation pour chaque alinéa de la disposition. Dans certains cas, par exemple, il peut prévoir que le pouvoir d'engager de telles négociations découle directement de la loi. Dans d'autres, il peut subordonner les négociations à l'approbation de différentes autorités supérieures, selon la nature des services à fournir ou le secteur d'infrastructure concerné. L'État adoptant devra peut-être alors adapter la disposition type en ajoutant la condition d'approbation particulière requise à l'alinéa correspondant ou bien

recourir aux procédures prévues dans les dispositions types 6 à 17, dans les cas suivants:

a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d'ouvrir les procédures prévues dans les dispositions types 6 à 17, à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsque le projet est de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas le montant [de *[l'État adoptant spécifie un montant maximum]*] [prévu dans *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui spécifient le montant au-dessous duquel un projet d'infrastructure à financement privé peut être attribué sans recours à une procédure de mise en compétition]*]²⁵;

c) Lorsque le projet concerne la défense ou la sécurité nationales;

d) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé, par exemple lorsque la prestation du service exige l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession;

e) En cas de propositions spontanées du type visé dans la disposition type 23;

f) Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsqu'aucune proposition n'a satisfait aux critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et lorsque, de l'avis de l'autorité contractante, la publication d'une nouvelle invitation à la procédure de présélection et d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet dans les délais voulus²⁶;

g) Dans d'autres cas où *[l'État adoptant indique l'autorité compétente]* autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général²⁷.

en ajoutant une référence aux dispositions de sa législation qui fixent ces conditions.

²⁵ Au lieu d'exclure la procédure de mise en compétition dans le cas visé à l'alinéa b), l'État adoptant peut envisager d'élaborer une procédure simplifiée de sollicitation de propositions, par exemple en appliquant les procédures décrites à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

²⁶ L'État adoptant voudra peut-être exiger que l'autorité contractante fasse figurer dans les actes et informations devant être conservés conformément à la disposition type 26 un compte rendu des résultats des négociations, qu'elle indique dans quelle mesure ces résultats s'écartent du cahier des charges et des clauses contractuelles de la sollicitation initiale de propositions et qu'elle en expose les raisons.

²⁷ Les États adoptants qui jugent souhaitable d'autoriser le recours à des procédures négociées au cas par cas souhaiteront peut-être conserver l'alinéa g) lorsqu'ils appliqueront la disposition type. Les États adoptants qui souhaitent limiter les exceptions au recours à des procédures de sélection avec mise en compétition préféreront peut-être quant à eux ne pas l'inclure. Quoiqu'il en soit, l'État adoptant souhaitera peut-être, par souci de transparence, mentionner dans cet alinéa ou à un autre endroit du projet de disposition les autres exceptions éventuelles autorisant le recours à des procédures négociées qui peuvent être autorisées par des dispositions spécifiques.

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

(voir recommandation 29 et chap. III, par. 90)

Lorsqu'elle négocie un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les dispositions types 6 à 17, l'autorité contractante²⁸:

a) Sauf pour les contrats de concession négociés conformément à l'alinéa c) de la disposition type 18, fait publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un contrat de concession conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de toute législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis];

b) Mène des négociations avec un nombre aussi grand que possible de personnes qu'elle juge capables²⁹ d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

c) Fixe des critères d'évaluation en fonction desquels les propositions seront évaluées et classées.

4. Propositions spontanées³⁰**Disposition type 20. Admissibilité des propositions spontanées**

(voir recommandation 30 et chap. III, par. 97 à 109)

À titre d'exception aux dispositions types 6 à 17, l'autorité contractante³¹ est autorisée à examiner des propositions spontanées conformément aux procédures prévues dans les dispositions types 21 à 23, à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé des procédures de sélection.

²⁸ Un certain nombre d'éléments destinés à accroître la transparence dans les négociations engagées conformément à la présente disposition type sont examinés au chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphes 90 à 96 du *Guide législatif*.

²⁹ Les États adoptants qui souhaitent que le recours à des procédures négociées se fasse de façon plus transparente peuvent définir, au moyen de dispositions réglementaires spécifiques, des critères de qualification auxquels doivent satisfaire les personnes invitées à des négociations conformément aux dispositions types 18 et 19. Des critères de qualification possibles sont indiqués dans la disposition type 7.

³⁰ Les considérations de politique générale sur les avantages et les inconvénients des propositions spontanées sont exposées au chapitre III, "Sélection du concessionnaire" paragraphes 98 à 100 du *Guide législatif*. Les États qui souhaitent autoriser les autorités contractantes à examiner de telles propositions voudront peut-être recourir aux procédures décrites dans les dispositions types 21 à 23.

³¹ La disposition type part du principe que c'est l'autorité contractante qui est habilitée à examiner des propositions spontanées. Toutefois, suivant la réglementation de l'État adoptant, un organe indépendant de celle-ci peut être chargé d'examiner de telles propositions ou de déterminer, par exemple, si une proposition spontanée est dans l'intérêt général. En pareil cas, l'État adoptant devrait étudier soigneusement la façon dont les fonctions d'un tel organe doivent éventuellement être coordonnées avec celles de l'autorité contractante (voir les notes 1, 3 et 24, ainsi que les références qui y sont mentionnées).

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

(voir recommandations 31 (pour les paragraphes 1 et 2) et 32 (pour le paragraphe 3) et chap. III, par. 110 à 112)

1. Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante fait savoir rapidement à son auteur si le projet est considéré ou non comme présentant un intérêt général potentiel³².

2. Si le projet est considéré comme présentant un intérêt général potentiel conformément au paragraphe 1, l'autorité contractante invite l'auteur de la proposition à lui communiquer autant d'informations sur le projet proposé qu'il est possible à ce stade pour lui permettre d'évaluer correctement les qualifications de l'auteur³³ et la faisabilité technique et économique du projet et de déterminer si le projet est susceptible d'être exécuté avec succès de la manière proposée dans des conditions acceptables par elle. À cette fin, l'auteur soumet une étude de faisabilité technique et économique, une étude d'impact sur l'environnement et des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition.

3. Lorsqu'elle examine une proposition spontanée, l'autorité contractante respecte les droits de propriété intellectuelle, les secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs qui sont contenus dans la proposition, en découlent ou y sont mentionnés. Par conséquent, elle n'utilise aucune information fournie par l'auteur ou en son nom en rapport avec sa proposition spontanée à d'autres fins que l'évaluation de cette proposition, sauf consentement de l'auteur. Sauf convention contraire des parties, l'autorité contractante, en cas de rejet de la proposition, restitue à son auteur l'original et toute copie des documents qu'il a soumis et préparés durant la procédure.

Disposition type 22. Propositions spontanées ne comportant pas de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

(voir recommandation 33 et chap. III, par. 113 et 114)

1. À l'exception des cas prévus dans la disposition type 18, l'autorité contractante, si elle décide d'exécuter le projet, entame une procédure de sélection conformément aux dispositions types 6 à 17 lorsqu'elle considère que:

a) L'exécution du projet est possible sans l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont l'auteur de la proposition a la propriété ou la possession; et

³² Pour déterminer si un projet proposé est dans l'intérêt général, il faut examiner soigneusement ses avantages potentiels pour la population ainsi que le lien entre le projet et la politique de l'État dans le secteur d'infrastructure concerné. Afin d'assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité des procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées, il peut être souhaitable que l'État adoptant donne, dans un règlement ou dans d'autres textes, des indications concernant les critères qui seront utilisés pour déterminer si une proposition spontanée est dans l'intérêt général, et qui pourrait comprendre des critères permettant d'évaluer l'adéquation des arrangements contractuels et le caractère raisonnable de la répartition proposée des risques.

³³ L'État adoptant voudra peut-être énoncer dans des dispositions réglementaires les critères de qualification auxquels doit satisfaire l'auteur de la proposition. Les éléments à prendre en

b) Le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent.

2. L'auteur de la proposition est invité à participer à la procédure de sélection entamée par l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 et peut bénéficier d'une incitation ou d'un avantage similaire suivant les modalités décrites par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions en contrepartie de l'élaboration et de la soumission de la proposition.

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

(voir recommandations 34 (pour les paragraphes 1 et 2) et 35 (pour les paragraphes 3 et 4) et chap. III, par. 115 à 117)

1. Si l'autorité contractante considère que les conditions énoncées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 de la disposition type 22 ne sont pas remplies, elle n'est pas tenue de mener une procédure de sélection conformément aux dispositions types 6 à 17. Elle peut néanmoins rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée conformément aux dispositions énoncées aux paragraphes 2 à 4³⁴.

2. Lorsque l'autorité contractante a l'intention de rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée, elle publie une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions dans [un délai raisonnable] [*l'État adoptant indique un certain délai*].

3. Si aucune proposition n'est reçue dans [un délai raisonnable] [le délai spécifié au paragraphe 2 ci-dessus] en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, l'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition originale.

4. Si l'autorité contractante reçoit des propositions en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, elle invite les auteurs de ces propositions à des négociations conformément aux dispositions énoncées dans la disposition type 19. Si elle reçoit un nombre suffisamment important de propositions, qui paraissent à première vue répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, l'autorité contractante demande que lui soient soumises des propositions conformément aux dispositions types 10 à 17, sous réserve de toute incitation ou d'autre avantage dont peut bénéficier la personne ayant soumis la proposition spontanée conformément au paragraphe 2 de la disposition type 22.

considération à cet effet sont indiqués dans la disposition type 7.

³⁴ L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'adopter une procédure spéciale pour l'examen des propositions spontanées entrant dans le champ d'application de la présente disposition type, en prenant éventuellement modèle, *mutatis mutandis*, sur la procédure de sollicitation de propositions décrite à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

5. Dispositions diverses

Disposition type 24. Confidentialité

(voir recommandation 36 et chap. III, par. 118)

L'autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'autorité contractante et un soumissionnaire conformément au paragraphe 3 de la disposition type 10, aux dispositions types 17, 18, 19 ou aux paragraphes 3 et 4 de la disposition type 23 sont confidentielles. Sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige ou si la sollicitation de propositions l'autorise, aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'elle a reçues concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées sans le consentement de l'autre partie.

Disposition type 25. Avis d'attribution du contrat

(voir recommandation 37 et chap. III, par. 119)

À l'exception des contrats de concession attribués conformément à l'alinéa c) de la disposition type 18, l'autorité contractante fait publier un avis d'attribution du contrat conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis d'attribution de contrats]. Cet avis désigne le concessionnaire et comporte un résumé des principales clauses du contrat de concession.

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

(voir recommandation 38 et chap. III, par. 120 à 126)

L'autorité contractante conserve dûment les informations liées aux procédures de sélection et d'attribution conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conservation des actes et informations liés aux procédures de passation]³⁵.

Disposition type 27. Procédures de recours

(voir recommandation 39 et chap. III, par. 127 à 131)

Un soumissionnaire qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la loi à l'autorité contractante peut introduire un recours contre les actes ou omissions de l'autorité contractante conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa

³⁵ La nature des informations à conserver pour les différents types de procédures d'attribution envisagés dans les dispositions types, ainsi que la mesure dans laquelle ces informations peuvent être accessibles au public, sont examinées au chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphes 120 à 126 du *Guide législatif*. Les éléments d'information à conserver sont également indiqués à l'article 11 de la Loi type sur la passation des marchés. Si ces questions ne sont pas traitées de façon adéquate par la législation de l'État adoptant, celui-ci devrait adopter les dispositions législatives ou réglementaires nécessaires.

législation qui régissent les recours contre les décisions prises dans le cadre des procédures de passation]³⁶.

III. Contenu et exécution du contrat de concession

Disposition type 28. Contenu et exécution du contrat de concession

(voir recommandation 40 et chap. IV, par. 1 à 11)

Le contrat de concession comporte des dispositions sur des questions que les parties estiment appropriées³⁷, telles que:

- a) La nature et la portée des travaux devant être réalisés et des services devant être fournis par le concessionnaire *(voir chap. IV, par. 1)*;
- b) Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du concessionnaire découlant du contrat de concession *(voir recommandation 5)*;
- c) L'assistance que l'autorité contractante peut fournir au concessionnaire pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure;
- d) Toutes prescriptions relatives à la constitution d'une personne morale et à son capital minimum conformément à la disposition type 30 *(voir recommandations 42 et 43 et disposition type 30)*;
- e) La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux dispositions types 31 à 33 *(voir recommandations 44 et 45 et dispositions types 31 à 33)*;
- f) La rémunération du concessionnaire, qu'elle consiste en des redevances ou en des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de telles redevances ou de tels droits; et les versements éventuels pouvant être faits par l'autorité contractante ou une autre autorité publique *(voir recommandations 46 et 48)*;
- g) Les procédures d'examen et d'approbation des études techniques, plans et spécifications par l'autorité contractante et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage *(voir recommandation 52)*;
- h) L'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective de ce service, sa continuité et sa fourniture dans des conditions

³⁶ Les éléments d'un mécanisme de recours adéquat sont examinés au chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphes 127 à 131 du *Guide législatif*. Ils figurent également au chapitre VI de la Loi type sur la passation des marchés. Si sa législation ne prévoit pas de mécanisme de recours adéquat, l'État adoptant devrait envisager de faire en sorte qu'elle établisse un tel mécanisme.

³⁷ Les États adoptants voudront peut-être noter que l'inclusion dans le contrat de concession de dispositions ayant trait à certaines des questions énumérées dans la présente disposition type est obligatoire en application d'autres dispositions types.

essentiellement identiques pour tous les usagers (*voir recommandation 53 et disposition type 38*);

i) Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux devant être réalisés et les services devant être fournis par le concessionnaire et les conditions auxquelles ainsi que la mesure dans laquelle l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent juger appropriées pour veiller à ce que l'ouvrage soit correctement exploité et à ce que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables (*voir recommandations 52 et 54, al. b*);

j) La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme de réglementation, selon le cas, des rapports et d'autres informations sur ses activités (*voir recommandation 54, al. a*);

k) Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en liaison avec les alinéas h) et i) ci-dessus, y compris toute indemnité à laquelle le concessionnaire pourrait avoir droit (*voir chap. IV, par. 73 à 76*);

l) Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui (*voir recommandation 56*);

m) Les garanties de bonne exécution que le concessionnaire est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure (*voir recommandation 58, al. a) et b*);

n) Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie (*voir recommandation 58, al. e*);

o) La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans le contrat de concession en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable (*voir recommandation 58, al. d*);

p) La durée du contrat de concession et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation (*voir recommandation 61*);

q) Les modalités de calcul de l'indemnité en application de la disposition type 47 (*voir recommandation 67*);

r) Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends pouvant surgir entre l'autorité contractante et le concessionnaire (*voir recommandation 69 et dispositions types 29 et 49*);

s) Les droits et obligations des parties concernant les informations confidentielles (*voir disposition type 24*).

Disposition type 29. Droit applicable

(voir recommandation 41 et chap. IV, par. 5 à 8)

Le contrat de concession est régi par la loi de [l'État adoptant] sauf stipulation contraire du contrat de concession³⁸.

Disposition type 30. Organisation du concessionnaire

(voir recommandations 42 et 43 et chap. IV, par. 12 à 18)

L'autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois de [l'État adoptant], à condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de proposition, selon le cas. Toute prescription relative au capital minimum d'une telle personne morale ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes desdits statuts sont énoncées dans le contrat de concession conformément aux termes de la sollicitation de propositions.

Disposition type 31. Propriété des biens³⁹

(voir recommandation 44 et chap. IV, par. 20 à 26)

Le contrat de concession précise, selon qu'il convient, les biens qui sont ou seront la propriété de l'État et ceux qui sont ou seront la propriété privée du concessionnaire. Il indique en particulier ceux qui appartiennent aux catégories suivantes:

³⁸ Les systèmes juridiques apportent des réponses diverses à la question de savoir si les parties à un contrat de concession peuvent choisir comme droit applicable au contrat un droit autre que celui du pays hôte. En outre, comme cela est indiqué dans le *Guide législatif* (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 5 à 8), dans certains pays le contrat de concession peut être soumis au droit administratif, tandis que dans d'autres il sera régi par le droit privé (voir aussi *Guide législatif*, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 24 à 27). Le droit applicable comprend également les règles d'autres branches du droit qui s'appliquent aux différentes questions pouvant surgir pendant l'exécution d'un projet d'infrastructure (voir de manière générale le *Guide législatif*, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", sect. B).

³⁹ La participation du secteur privé aux projets d'infrastructure peut prendre diverses formes, les infrastructures pouvant être détenues et exploitées entièrement par une entité publique ou totalement privatisées, avec de nombreuses variantes possibles entre ces deux extrêmes (voir *Guide législatif* "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 47 à 53). Ces options générales déterminent habituellement l'approche législative de la propriété des biens liés au projet (voir *Guide législatif* chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 20 à 26). Quelles que soient la politique générale ou la politique sectorielle du pays hôte, le régime de propriété des divers biens en question devrait être clairement défini et avoir une assise législative suffisante. La clarté à cet égard est importante, car elle influera directement sur l'aptitude du concessionnaire à constituer des sûretés sur les biens du projet pour obtenir un financement de ce dernier (ibid., par. 52 à 61). Conformément à l'approche souple adoptée par divers systèmes juridiques, la disposition type n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante, mais permet de faire une distinction entre les biens qui doivent être transférés à cette dernière, les biens qu'elle peut acheter si elle le souhaite, et les biens qui restent la propriété privée du concessionnaire à l'expiration ou lors de la résiliation du contrat de concession ou à tout autre moment.

- a) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire est tenu de restituer ou transférer à l'autorité contractante ou à une autre entité indiquée par celle-ci conformément aux clauses du contrat de concession;
- b) Les biens, le cas échéant, que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au concessionnaire; et
- c) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire peut conserver ou dont il peut disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de concession.

Disposition type 32. Acquisition de droits relatifs au site du projet

(voir recommandation 45 et chap. IV, par. 27 à 29)

1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses du contrat de concession met à la disposition du concessionnaire ou, selon qu'il convient, aide le concessionnaire à acquérir les droits relatifs au site du projet, y compris le titre de propriété du site, nécessaires à l'exécution du projet.

2. Toute expropriation de terrain pouvant être requise pour l'exécution du projet est effectuée conformément à (*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent l'expropriation de biens privés par les autorités publiques pour des motifs d'intérêt général*).

Disposition type 33. Servitudes⁴⁰

(voir recommandation 45 et chap. IV, par. 30)

Variante A

1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses du contrat de concession met à la disposition du concessionnaire ou, selon qu'il convient, aide le concessionnaire à exercer le droit de pénétrer sur la propriété de tiers, d'y passer, d'y effectuer des travaux ou d'y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de son droit qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient ses entreprises de service public et exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois*].

Variante B

1. Le concessionnaire a le droit de pénétrer sur la propriété de tiers, d'y passer, d'y effectuer des travaux ou d'y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de son droit qui régissent les*

⁴⁰ Le droit de traverser une propriété adjacente à des fins liées au projet ou pour y effectuer des travaux peut être acquis par le concessionnaire directement ou d'office par une autorité publique en même temps que le site du projet. Une solution quelque peu différente, qui correspond à la variante B, pourrait être de prévoir que la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques (voir Guide législatif, chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 30 à 32).

servitudes et autres droits similaires dont bénéficient ses entreprises de service public et exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois].

2. Toutes servitudes pouvant être requises pour l'exécution du projet sont créées conformément à [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent la création de servitudes pour des motifs d'intérêt général].

Disposition type 34. Arrangements financiers

(voir recommandations 46, 47 et 48 et chap. IV, par. 33 à 51)

1. Le concessionnaire a le droit de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou de ses services conformément à l'accord de concession, lequel prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits *[conformément aux règles établies par l'organisme de réglementation compétent]*⁴¹.

2. L'autorité contractante est habilitée à convenir d'effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou de ses services.

Disposition type 35. Sûretés

(voir recommandation 49 et chap. IV, par. 52 à 61)

1. Sous réserve de restrictions pouvant être indiquées dans le contrat de concession⁴², le concessionnaire a le droit de constituer, sur l'un quelconque de ses biens ou droits, y compris sur ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, y compris, en particulier, les suivantes:

- a) Sûreté sur les biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet;
- b) Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

2. Les actionnaires du concessionnaire ont le droit de nantir les actions qu'ils obtiennent de la société concessionnaire ou de constituer sur elles toute autre sûreté.

⁴¹ Les péages, droits ou autres sommes perçus par le concessionnaire, désignés dans le *Guide législatif* par le terme "redevances" peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60). Le coût auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique d'infrastructure de l'État et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles de droit générales définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être "raisonnables", "équitables" ou "justes" (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 36 à 46).

⁴² Ces restrictions peuvent, en particulier, concerner l'exécution de droits relatifs aux biens du projet d'infrastructure.

3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela est interdit par la loi de [l'État adoptant].

Disposition type 36. Cession du contrat de concession

(voir recommandation 50 et chap. IV, par. 62 et 63)

Sauf disposition contraire dans la disposition type 35, les droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession ne peuvent être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions auxquelles l'autorité contractante donne son consentement à une cession des droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de ce contrat et la production par lui de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service.

Disposition type 37. Transfert d'un intérêt majoritaire⁴³ dans la société concessionnaire

(voir recommandation 51 et chap. IV, par. 64 à 68)

Sauf disposition contraire du contrat de concession, un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire ne peut être transféré à des tiers sans l'assentiment de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions dans lesquelles cet assentiment est donné.

Disposition type 38. Exploitation de l'infrastructure

(voir recommandation 53 et chap. IV, par. 80 à 93 (pour le paragraphe 1) et recommandation 55 et chap. IV, par. 96 et 97 (pour le paragraphe 2))

1. Le contrat de concession énonce, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

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

2. Le concessionnaire a le droit de publier et de faire appliquer les règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation.

⁴³ La notion d'"intérêt majoritaire" fait généralement référence au pouvoir de nommer la direction d'une société et d'influencer ou de déterminer son activité. Différents critères peuvent être utilisés dans divers systèmes juridiques ou même dans différents corps de règles au sein du même système, allant de critères formels attribuant un intérêt majoritaire au propriétaire d'une certaine proportion (le plus souvent plus de 50 %) du nombre total combiné de voix attribuées à toutes les catégories d'actions d'une société à des critères plus complexes tenant compte de la structure de direction effective d'une société. Les États adoptants qui n'ont pas de définition réglementaire d'"intérêt majoritaire" peuvent avoir besoin de définir ce terme dans des règlements d'application de la disposition type.

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

(voir recommandation 58, al. c) et chap. IV, par. 122 à 125)

Le contrat de concession énonce la mesure dans laquelle le concessionnaire a droit à une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de changements dans la législation ou la réglementation spécifiquement applicable à l'ouvrage ou au service qu'il fournit.

Disposition type 40. Révision du contrat de concession

(voir recommandation 58, al. c) et chap. IV, par. 126 à 130)

1. Sans préjudice de la disposition type 39, le contrat de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de:

- a) Changements dans la situation économique ou financière; ou
- b) Changements apportés à la législation ou à la réglementation non spécifiquement applicable à l'ouvrage ou aux services qu'il fournit;

à condition que ces changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire:

- a) Surviennent après la conclusion du contrat;
- b) Soient indépendants de la volonté du concessionnaire; et
- c) Soient de nature telle qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire les ait pris en considération lors de la négociation du contrat de concession ou en ait évité ou surmonté les conséquences.

2. Le contrat de concession établit des procédures de révision des clauses qu'il contient en cas de tels changements.

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

(voir recommandation 59 et chap. IV, par. 143 à 146)

Dans les cas prévus par le contrat de concession, l'autorité contractante a le droit d'assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions dans le cas où le concessionnaire aurait gravement manqué à ses obligations et n'aurait pas remédié à ce manquement dans un délai raisonnable après avoir été mis en demeure de le faire par elle.

Disposition type 42. Substitution de concessionnaire

(voir recommandation 60 et chap. IV, par. 147 à 150)

L'autorité contractante peut convenir avec les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure et avec le concessionnaire de prévoir la substitution à

ce dernier d'une nouvelle entité ou personne désignée pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de concession en vigueur en cas de manquement grave du concessionnaire initial ou de survenance d'autres événements pouvant, autrement, justifier la résiliation du contrat ou encore dans d'autres cas similaires⁴⁴.

IV. Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession

1. Durée et prorogation du contrat de concession

Disposition type 43. Durée et prorogation du contrat de concession

(voir recommandation 62 et chap. V, par. 2 à 8)

La durée de la concession est fixée dans le contrat de concession. L'autorité contractante ne peut pas accepter sa prorogation sauf à la suite des événements suivants:

- a) Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable de l'une ou l'autre des parties;
- b) Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques;
- c) Augmentation des frais dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans le contrat, si le concessionnaire n'est pas en mesure de les amortir sans une telle prorogation; ou
- d) *[Autres événements spécifiés par l'État adoptant.]*⁴⁵

2. Résiliation du contrat de concession

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

(voir recommandation 63 et chap. V, par. 14 à 27)

L'autorité contractante peut résilier le contrat de concession:

- a) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations, en raison de son insolvabilité, d'un manquement grave ou pour d'autres motifs;

⁴⁴ La substitution au concessionnaire d'une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante suivant les conditions convenues entre eux vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation du contrat de concession (voir *Guide législatif*, chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 147 à 150). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière échelonnée, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société concessionnaire par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante.

⁴⁵ L'État adoptant voudra peut-être envisager la possibilité d'autoriser dans la loi une prorogation par accord consensuel du contrat de concession conformément aux clauses de ce contrat, pour des raisons d'intérêt général fondées sur les actes et informations conservés par l'autorité contractante conformément à la disposition type 26.

b) Pour des raisons impérieuses⁴⁶ d'intérêt général, sous réserve du versement au concessionnaire d'une indemnité selon les conditions convenues dans le contrat de concession;

c) [Autres cas que l'État adoptant souhaiterait peut-être ajouter dans la loi.]

Disposition type 45. Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire
(voir recommandation 64 et chap. V, par. 28 à 33)

Le concessionnaire ne peut résilier le contrat de concession sauf:

a) En cas de manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu du contrat de concession;

b) Si les conditions de révision du contrat de concession prévues dans le paragraphe 1 de la disposition type 40 sont réunies mais les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une telle révision; ou

c) Si, pour l'exécution du contrat de concession, le concessionnaire a engagé des dépenses substantiellement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible du fait d'actes ou d'omissions de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques tels que ceux visés aux alinéas h) et i) de la disposition type 28 et les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une révision du contrat de concession.

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

(voir recommandation 65 et chap. V, par. 34 et 35)

L'une ou l'autre partie a le droit de résilier le contrat de concession lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties ont en outre le droit de résilier le contrat par consentement mutuel.

3. Arrangements lors de la résiliation ou de l'expiration du contrat de concession

Disposition type 47. Indemnisation lors de la résiliation du contrat de concession
(voir recommandation 67 et chap. V, par. 43 à 49)

Le contrat de concession spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation du contrat, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application du contrat, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner.

⁴⁶ Un certain nombre de situations où une raison impérieuse d'intérêt général peut se manifester sont examinées au paragraphe 27 du chapitre V du *Guide législatif* intitulé "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet".

Disposition type 48. Liquidation et mesures de transfert

(voir recommandation 66 et chap. V, par. 37 à 42 (pour l'alinéa a)) et recommandation 68 et chap. V, par. 50 à 62 (pour les alinéas b) à d))

Le contrat de concession prévoit, selon qu'il convient:

- a) Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l'autorité contractante;
- b) L'indemnisation à laquelle le concessionnaire peut avoir droit pour des biens transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou lors de la résiliation de l'accord de projet;
- c) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;
- d) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;
- e) La fourniture, par le concessionnaire, de services et de ressources d'appui sans interruption, y compris de pièces de rechange, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire.

V. Règlement des différends

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

(voir recommandation 69 et chap. VI, par. 3 à 41)

Tout différend entre l'autorité contractante et le concessionnaire est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans le contrat de concession⁴⁷.

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

(voir recommandation 71 et chap. VI, par. 43 à 45)

Lorsque le concessionnaire fournit des services à la population ou exploite des ouvrages accessibles à la population, l'autorité contractante peut exiger de lui qu'il établisse des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant de ses clients ou d'usagers de l'ouvrage.

Disposition type 51. Autres différends

(voir recommandation 70 et chap. VI, par. 42)

1. Le concessionnaire et ses actionnaires sont libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler leurs différends.
2. Le concessionnaire est libre de convenir des mécanismes appropriés pour régler les différends entre lui et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.

⁴⁷ L'État adoptant peut prévoir dans sa législation des mécanismes de règlement des différends qui soient les mieux adaptés aux besoins des projets d'infrastructure à financement privé.

Annexe II

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

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>
A/CN.9/519	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la trente-sixième session
A/CN.9/520	[Non publié]
A/CN.9/521	Rapport du Groupe de travail I (projets d'infrastructure à financement privé) sur les travaux de sa cinquième session (Vienne, 9-13 septembre 2002)
A/CN.9/522 et Add.1 et 2	Note du secrétariat sur le projet d'additif au <i>Guide législatif</i> de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et tableau de concordance des projets de dispositions législatives types et des recommandations concernant la législation
A/CN.9/523	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 7-11 octobre 2002)
A/CN.9/524	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa trente-huitième session (New York, 12-16 mai 2002)
A/CN.9/525	Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dixième session (Vienne, 16-20 septembre 2002)
A/CN.9/526	Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa onzième session (New York, 24 mars-4 avril 2003)
A/CN.9/527	Rapport du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les travaux de sa quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002)
A/CN.9/528	Rapport du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les travaux de sa quarantième et unième session (New York, 5-9 mai 2003)
A/CN.9/529	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa vingt-septième session (Vienne, 9-13 décembre 2002)
A/CN.9/530	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa vingt-huitième session (New York, 24-28 février 2003)
A/CN.9/531	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa deuxième session (Vienne, 17-20 décembre 2002)
A/CN.9/532	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa troisième session (New York, 3-7 mars 2003)
A/CN.9/533 et Add.1 à 7	Note du secrétariat sur le projet d'additif au <i>Guide législatif</i> de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé: Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales
A/CN.9/534	Note du secrétariat sur le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité
A/CN.9/535	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de leur première session conjointe (Vienne, 16 et 17 décembre 2002)

<i>Cote</i>	<i>Titre ou description</i>
A/CN.9/536	Note du secrétariat sur les formations et l'assistance technique
A/CN.9/537	Note du secrétariat sur l'état des conventions et des lois types
A/CN.9/538	Note du secrétariat: bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI
A/CN.9/539 et Add.1	Note du secrétariat sur les activités actuelles des organisations internationales dans le domaine des marchés publics: travaux futurs envisageables
A/CN.9/540	Note du secrétariat sur les travaux futurs possibles sur la fraude commerciale
