



Assemblée générale

Distr.: Générale
30 avril 2003

Français
Original: Anglais

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

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

Note du secrétariat

**Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations
internationales**

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Compilation des commentaires	2
Organisations internationales	2
Union des avocats européens	2

* Dates révisées.



I. Introduction

La présente note reproduit les commentaires sur le projet d'additif au Guide législatif de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)¹ sur les projets d'infrastructure à financement privé reçus subséquemment aux commentaires reproduits dans les documents A/CN.9/533 et Add.1 et 2.

II. Compilation des commentaires

Organisations internationales

Union des avocats européens

[Original: anglais]

Il a été suggéré, à la cinquième session du Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé, de modifier le projet de disposition type 41 (renumérotée depuis 42) de sorte que le concessionnaire soit partie à l'accord énonçant les modalités et conditions de sa substitution (voir A/CN.9/521, par. 202).

Le Groupe de travail n'a pas souscrit à cette suggestion, estimant qu'elle s'écartait des orientations sur lesquelles reposait le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.

Il est cependant fait observer que la proposition d'inclure le concessionnaire parmi les parties à l'accord de substitution, au moyen soit d'une convention tripartite entre l'autorité contractante, les prêteurs et ledit concessionnaire, soit de deux conventions, l'une entre l'autorité et le concessionnaire et l'autre entre l'autorité et les prêteurs, ne s'écarte pas de l'orientation fixée dans le Guide législatif de la CNUDCI, lequel indique, en son chapitre IV, paragraphe 148, que "des clauses permettant aux prêteurs de sélectionner ... un nouveau concessionnaire ... ont été incluses dans plusieurs accords récents portant sur d'importants projets d'infrastructure. Ces clauses sont généralement complétées par un accord direct entre l'autorité contractante et les prêteurs ...".

Attendu qu'elles figurent dans l'accord de concession/de projet, ces clauses de substitution ont donc été convenues par les concessionnaires. Tel est précisément l'objet de la proposition faite par l'Union des avocats européens. Il serait en effet trompeur de proposer aux États membres et aux autorités nationales une disposition législative type en vertu de laquelle un mécanisme de substitution pourrait être mis en place uniquement par convention entre l'autorité contractante et les prêteurs, alors que les notes et recommandations ayant servi de base à l'élaboration de cette disposition ne mènent pas à cette conclusion.

À cet égard, il faut distinguer entre, d'une part, l'acceptation par convention du principe du droit de substitution et, de l'autre, la définition du mécanisme de cette substitution. Le rappel des faits concernant l'un des importants projets d'infrastructure mentionnés dans les notes qui, à notre connaissance, a été le premier à mettre en œuvre un mécanisme de substitution au profit des prêteurs, permettrait peut-être aussi de mieux comprendre la proposition de l'Union des avocats européens. Il s'agit du projet de construction et d'exploitation d'une liaison fixe transmanche entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et

la France, qui a fait l'objet d'un contrat de concession conclu le 14 mars 1986 entre ces deux pays et Eurotunnel, société en participation associant une entreprise française, France Manche S.A., et une entreprise anglaise, Channel Tunnel Group Ltd.

Le principe de la substitution

L'article 32 de ce contrat de concession (auquel les prêteurs ne sont pas parties) dispose qu'à la survenance d'événements spécifiés, de nouveaux concessionnaires seront, à l'option des prêteurs, substitués aux concessionnaires initiaux. Les États ont alors deux mois pour vérifier que les candidats présentent une capacité financière et technique suffisante pour achever le projet, délai à l'expiration duquel la substitution est présumée approuvée par eux.

Comme il est expliqué plus bas, l'adoption d'un tel mécanisme était totalement liée aux circonstances, en d'autres termes découlait des caractéristiques particulières de ce projet: un projet reliant le territoire de deux États indépendants et, partant, soumis à deux systèmes juridiques distincts, pour lequel il a fallu concevoir un dispositif de garantie – sans lequel aucun financement n'était possible – qui concilie autant que possible les différences entre ces deux systèmes.

Dans le système juridique français, où un corps ancien et couramment appliqué de règles de droit administratif régit le type de contrat choisi pour le projet du Tunnel sous la Manche, à savoir la concession de service public, le concessionnaire ne peut pas constituer de sûreté sur l'accord de concession (ni sur le terrain et les immobilisations s'y trouvant), alors qu'en droit anglais un tel accord et les droits qui en découlent peuvent faire l'objet d'une sûreté à part entière. En particulier, grâce au concept de charge flottante, qui permet de grever tous les biens présents et futurs, ainsi qu'à la faculté de désigner un séquestre, il est possible en cas d'inexécution de gérer l'entreprise défaillante et de mener le projet à son terme.

L'intérêt de réaliser une sûreté sur la moitié seulement de l'infrastructure (celle soumise au droit anglais) étant évidemment limité, il était essentiel de concevoir un mécanisme permettant de transférer aux prêteurs le bénéfice de l'accord de concession ainsi que le terrain, les immobilisations, les biens meubles et les droits de propriété intellectuelle, entre autres actifs, afin d'assurer la continuité et l'achèvement du projet. La solution a consisté à mettre en place ce mécanisme par voie contractuelle.

Une clause a donc été insérée dans le contrat de concession pour que ce transfert s'opère dans certains cas. Le concessionnaire est donc convenu de la mise en œuvre de ce mécanisme dans certaines circonstances. Il a toutefois fallu légaliser cette convention en France, parce qu'elle était contraire à la législation en vigueur sur la faillite et qu'évidemment, un contrat ne saurait primer la loi, et en Angleterre, parce qu'il était nécessaire d'autoriser l'autorité contractante à effectuer la substitution.

Le mécanisme de substitution

Là encore, droit anglais et droit français diffèrent. En Angleterre, la substitution s'effectue par convention, non pas entre les concessionnaires et les prêteurs, mais entre les États et les prêteurs, et conformément aux pouvoirs expressément conférés à cette fin à l'autorité contractante. Les prêteurs n'étant pas parties au contrat de concession, ils ne sont pas habilités, en droit anglais, à

demander l'exécution d'une disposition y figurant, telle que la disposition leur donnant la possibilité de demander la substitution. Le droit des prêteurs découle d'un accord conclu directement avec les États, qui les autorise à faire valoir leur droit de substitution directement auprès de ces derniers sans devoir passer par les concessionnaires.

En France, la substitution s'opère par effet de la loi et non par convention. Elle correspond à l'exercice par l'État d'un droit inconnu dans les contrats privés, appelé prérogative de puissance publique. Dans ce contexte, il est essentiel qu'aucune convention ne soit conclue entre les prêteurs et les concessionnaires en ce qui concerne l'exercice du droit de substitution, afin que cette dernière reste un mécanisme découlant du droit public. En effet, la conclusion d'une telle convention priverait de tout fondement l'analyse juridique selon laquelle la substitution reste légalement valable en dépit d'un défaut d'exécution de la part du concessionnaire. De plus, elle aurait de lourdes conséquences fiscales pour le transfert des biens aux prêteurs.

Conclusion

Le mécanisme de substitution mis en place pour le projet du Tunnel sous la Manche découlait avant tout de circonstances spécifiques, en particulier de la nécessité d'atténuer certaines rigidités du droit français des sûretés. Il n'aurait pas été juridiquement nécessaire si le projet avait été réalisé uniquement en Angleterre, mais offrait certainement plus de souplesse que la législation anglaise en vigueur. C'est pourquoi il est devenu une modalité courante des investissements en partenariat entre le secteur public et le secteur privé réalisés au cours des dix dernières années au Royaume-Uni. Le contrat type conclu dans le cadre de ces partenariats prévoit la mise en œuvre du mécanisme de substitution par accord tripartite entre l'autorité contractante, les prêteurs et le concessionnaire ou la société de projet.

Insinuer qu'un droit de substitution pourrait être créé sans le consentement de la société de projet serait une erreur. Si l'exercice de ce droit reste à la discrétion des prêteurs, dans le cadre d'un accord conclu directement avec l'autorité contractante, son existence même doit être convenue par le concessionnaire.

Laisser entendre, comme le fait le texte actuel du projet de disposition législative type 42, qu'un tel droit ne peut être convenu qu'entre l'autorité contractante et les prêteurs, ce qui signifie qu'une personne peut se voir privée de ses droits contractuels sans son consentement, porterait atteinte à un principe fondamental du droit des contrats dans la plupart des pays et, partant, serait lourd de conséquences pour la législation de ces derniers.

Enfin et surtout, cela irait à l'encontre du but recherché par la Commission, à savoir promouvoir l'investissement privé dans l'infrastructure publique, car tout investisseur serait inévitablement dissuadé de financer un projet s'il risquait d'être privé de ses droits sans son consentement.

Notes

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