

**Assemblée générale**Distr.: Générale
13 mai 2003Français
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****Additif**

Table des matières

	<i>Page</i>
II. Compilation des commentaires	2
A. États	2
1. États-Unis d'Amérique	2

* Dates révisées.

** Le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a soumis le présent additif en retard en raison de la réception tardive du commentaire original.



II. Compilation des commentaires

A. États

1. États-Unis d'Amérique

[Original: anglais]

1. On trouvera ci-après les commentaires du Comité sur le financement de projet de l'Association du barreau de la ville de New York au sujet du projet d'additif au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. Le présent rapport a été approuvé par l'Association.

Commentaire introductif

2. L'objet du Guide législatif, tel qu'il a été défini, est d'"aider à la mise en place d'un cadre juridique *favorable* à l'investissement privé dans les infrastructures publiques" (Introduction, par. 4). Nous avons délibérément souligné le mot "favorable" pour bien montrer que, tel qu'initialement envisagé, le Guide devait recommander, de manière objective, des cadres juridiques qui favoriseraient l'afflux de capitaux privés étrangers dans les pays en développement.

3. Dans l'ensemble, cette objectivité souhaitée est maintenue dans le projet d'additif. Toutefois, il nous semble que certaines dispositions, au lieu de recommander les dispositions à prendre pour attirer des capitaux privés étrangers, énumèrent des options ou des mesures que le pays hôte peut adopter ou non, comme s'il s'agissait de lui laisser le libre choix. Dans certains cas examinés plus bas, les recommandations figurant dans le Guide législatif, qui à notre avis sont favorables à l'afflux de tels capitaux, ont été édulcorées et d'autres dispositions, qui selon nous lui sont préjudiciables, ont été ajoutées.

4. Nos commentaires dans la première partie du présent rapport ont trait aux dispositions du chapitre III du projet d'additif (Construction et exploitation de l'infrastructure). C'est là que se trouvent les principales dispositions du Guide concernant le financement. Nous notons toutefois que, s'agissant d'attirer des capitaux privés étrangers, la disposition type I (Préambule) ne parle que de transparence, d'équité et de viabilité ainsi que de l'élimination des restrictions "inopportunes" à ce type d'investissement. Nous estimons que cette disposition serait améliorée si le premier considérant était davantage calqué sur la deuxième phrase de l'avant-propos et sur le paragraphe 4 de l'introduction du Guide législatif. Nous recommandons par conséquent de développer le premier considérant 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;"

5. Nos commentaires dans la deuxième partie du présent rapport portent sur les dispositions du chapitre II du projet d'additif (Sélection du concessionnaire).

6. En réponse à la question que le secrétariat a posée dans la note verbale accompagnant le projet d'additif, nous préférierions que ce dernier soit présenté sous la forme d'un document distinct. Nous craignons en effet qu'un texte unique regroupant le projet d'additif et les recommandations n'offre aux pays hôtes et à leurs conseillers un exposé moins cohérent et moins détaillé de la question que le Guide législatif dans sa version initiale. Beaucoup d'informations pourraient également être perdues si les deux documents étaient fusionnés. En tout état de cause, un texte unique tel que proposé sera sans doute long à élaborer et il faudrait prévoir suffisamment de temps pour l'examiner et le commenter.

Commentaires sur certains projets de dispositions législatives types

Il est fait référence ici aux dispositions types telles que numérotées dans le projet d'additif.

Première partie

7. On améliorerait la disposition type 28 (Contenu du contrat de concession) en y insérant une référence à chacune des dispositions types ayant trait au contenu du contrat, faute de quoi certaines dispositions importantes risquent de sembler secondaires.

8. La disposition type 34 (Arrangements financiers) omet certains éléments utiles des recommandations 47 et 48 qui, selon nous, devraient être rétablis. Les recommandations 46, 47 et 48 prévoient respectivement que le concessionnaire devrait être en mesure de percevoir des redevances ou des droits, que la loi devrait énoncer les mécanismes de révision périodique et extraordinaire des formules d'ajustement de ces redevances ou droits et que l'autorité contractante devrait être habilitée à effectuer des versements directs au concessionnaire en remplacement ou en sus des redevances que doivent acquitter les utilisateurs finaux. Seule la recommandation 46 a été reprise. Or, les recommandations 47 et 48 revêtent une importance commerciale considérable et devraient donc être retenues.

9. La note 40, qui se rapporte à la disposition type 34, se perd dans une discussion sur la manière dont certains pays traitent les questions de contrôle des redevances sans indiquer toutefois quelle serait la meilleure façon d'attirer des capitaux privés étrangers. Nous recommandons de la supprimer.

10. La disposition type 35 (Sûretés) semble limiter la portée des mesures préconisées dans la recommandation 49, à de nombreux égards – notamment en ce qui concerne le droit du concessionnaire de constituer une sûreté sur les biens du projet lui appartenant, sur les actions de la société de projet et sur les créances nonobstant toute règle de droit le lui interdisant –, en prévoyant que des restrictions peuvent être indiquées de manière appropriée dans l'accord de projet (voir note 41). On pourrait résoudre ce problème en supprimant la clause restrictive commençant par "sous réserve de" ainsi que la note 41.

11. Les dispositions types 39 et 40 (Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation et Révision du contrat de concession) sont apparemment une version édulcorée de la recommandation 58. En effet, la disposition type 39 limite les cas dans lesquels le concessionnaire peut prétendre à

une indemnisation aux changements dans la législation spécifiquement applicable à l'ouvrage et ne fait pas référence à la possibilité d'être indemnisé en cas de changements dans la situation économique ou financière. Nous préférons le libellé de la recommandation 58 sur ce point, car il laisse plus de souplesse pour les négociations entre les parties.

12. La disposition type 42 (Substitution de concessionnaire) est moins utile que la recommandation 50, car, selon ses termes, l'autorité contractante "peut", et non "devrait", convenir de règles de substitution du concessionnaire avec les parties octroyant un financement. Cette question est importante pour les prêteurs finançant des projets d'infrastructure. Nous préférons que le libellé initial soit rétabli.

13. La disposition type 45 (Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire) semble restreindre le droit du concessionnaire de résilier le contrat du fait d'actes ou d'omissions de l'autorité contractante tels que ceux visés aux alinéas h) et i) de la disposition type 28, alors que la recommandation 64, en son alinéa b), autorisait utilement la résiliation par le concessionnaire en raison d'ordres de modification ou d'autres actes de l'autorité contractante, de changements imprévus des conditions ou d'actes d'autres autorités publiques. Ce libellé devrait être rétabli.

14. La disposition type 48 (Liquidation et mesures de transfert) réduit la portée de la recommandation 66, car, contrairement à cette dernière, elle n'exige pas que le contrat indique les critères permettant de fixer l'indemnisation due au concessionnaire pour des biens transférés à l'expiration ou lors de la résiliation du contrat. À notre avis, la disposition type serait améliorée si cette exigence était rétablie.

Deuxième partie

15. On améliorerait la disposition type 6 (Objet de la présélection et procédure de présélection) en ajoutant, au paragraphe 3 a), les mots "à exploiter" après "à construire ou à rénover".

16. La disposition type 8 (Participation de consortiums) serait améliorée si elle n'empêchait pas, par déduction, à 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. Par exemple, il arrive qu'un soumissionnaire ait pris part à un consortium ne pouvant obtenir le financement requis et qu'il souhaite par la suite se joindre à un autre consortium, ce qui peut être bénéfique à toutes les parties concernées. Nous pensons que cette possibilité, loin d'être incompatible avec la recommandation 16, la complète utilement.

17. La disposition type 12 (Garanties de soumission), au paragraphe 2 a), b) et c), semble selon nous offrir à l'autorité contractante des possibilités supplémentaires de conserver les garanties de soumission par rapport au paragraphe 62 du chapitre III du Guide législatif. Ce paragraphe indique simplement qu'il est souhaitable de préciser dans la sollicitation de propositions toutes les exigences concernant les garanties de soumission. Ces nouvelles possibilités prévues dans la disposition type n'ont pas été, à notre avis, mûrement réfléchies. Par exemple, le soumissionnaire peut désormais perdre la garantie fournie s'il ne participe pas aux négociations

finales (par. 2 b)) ou ne présente pas une meilleure offre définitive (par. 2 c)). Nous pensons qu'il est tout à fait normal de demander à un soumissionnaire qu'il renonce à sa garantie s'il revient sur un accord (cas de figure traité dans les alinéas d) et e)). En revanche, si un soumissionnaire ne souhaite pas présenter une "meilleure offre définitive", il ne devrait pas y être contraint au risque de perdre sa garantie de soumission, pas plus qu'il ne devrait être contraint de participer aux "négociations finales". De notre point de vue, ces exigences ne sont pas suffisamment objectives, compte tenu des négociations souvent longues et complexes dont les projets d'infrastructure font l'objet, et peuvent avoir pour effet de dissuader les soumissionnaires de présenter des propositions.

18. La dernière phrase de la disposition type 17 (Négociations finales) va plus loin que la recommandation 27 (une disposition similaire est toutefois prévue au paragraphe 84 du Guide législatif) et, selon nous, n'est pas souhaitable. Nous ne voyons guère pourquoi l'autorité contractante devrait s'interdire de rouvrir des négociations avec un soumissionnaire précédemment rejeté. Il se peut que ce soumissionnaire ait présenté des propositions considérées (d'abord) "comme ne correspondant pas au marché" par l'autorité contractante. Toutefois, pour diverses raisons, il arrive 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. Nous pensons que, là encore, une disposition plus souple est souhaitable en raison de la complexité et de la longueur des négociations dont font l'objet les projets d'infrastructure.

19. La disposition type 24 (Confidentialité des négociations) va plus loin que la recommandation 36 en prévoyant que toutes les "communications" avec les soumissionnaires sont confidentielles. On pourrait résoudre ce problème en ajoutant les mots "sauf exceptions appropriées" à la fin de la deuxième phrase.

20. La disposition type 28 (Contenu du contrat de concession) devrait, à notre avis, également mentionner: 1) les mécanismes d'exécution prévus dans le cas où un utilisateur public de l'ouvrage ne paie pas les biens ou services fournis; 2) la répartition des risques en cas de vices cachés dans les ouvrages devant être rénovés; et 3) la répartition des risques concernant les conditions environnementales non divulguées pour les ouvrages devant être exploités ou rénovés par le concessionnaire. Les praticiens ont constaté l'importance de ces différents aspects.

Conclusion

21. Le Guide législatif et son additif aideront les autorités locales et leurs conseillers à attirer des capitaux privés étrangers dans les projets d'infrastructure. Si la CNUDCI pouvait franchir une étape supplémentaire dans ses travaux, il serait selon nous très utile qu'elle se concentre sur un secteur ou type d'infrastructure particulier afin que les recommandations portent davantage sur les questions de fond et moins sur les questions de procédure ou de forme.