

**Assemblée générale**

Distr. générale
6 mars 2019
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-deuxième session
Vienne, 8-26 juillet 2019

**Partenariats public-privé (PPP) : proposition
d'actualisation du Guide législatif de la CNUDCI
sur les projets d'infrastructure à financement privé
(chapitre VI révisé)**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
VI. Règlement des différends	2
A. Remarques générales	2
B. Différends entre l'autorité contractante et le partenaire privé	3
C. Différends entre les promoteurs du projet et entre le partenaire privé et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs	16
D. Différends auxquels sont parties des clients ou des usagers de l'infrastructure	17



VI. Règlement des différends

A. Remarques générales

1. Un facteur important pour l'exécution des PPP est le cadre juridique mis en place par le pays hôte pour le règlement des différends. Investisseurs, entrepreneurs et prêteurs seront incités à participer à des projets lorsqu'ils auront la certitude que tous litiges pouvant surgir dans le cadre des contrats passés au titre d'un projet seront réglés de façon équitable et efficace. De la même manière, des procédures efficaces pour éviter les différends ou les régler rapidement faciliteront l'exercice des fonctions de contrôle de l'autorité contractante et réduiront ses dépenses générales d'administration. Pour créer un climat plus favorable à l'investissement, le pays hôte doit disposer d'un cadre juridique qui donne effet à certains principes fondamentaux, tels que la garantie pour les sociétés étrangères et pour celles du pays hôte d'un accès essentiellement similaire à la justice ; le droit pour les parties à des contrats privés de choisir la loi applicable à leurs contrats ; la force exécutoire des jugements étrangers et des sentences arbitrales ; la possibilité, prévue dans la législation, que les parties puissent choisir les mécanismes juridictionnels et extrajuridictionnels de prévention et de règlement des différends qu'ils considèrent comme les mieux adaptés et les plus efficaces.

2. Les PPP exigent habituellement la formation d'un certain nombre de contrats liés entre eux ainsi que la mise en place d'autres relations juridiques faisant intervenir diverses parties. Les dispositions législatives relatives au règlement des différends susceptibles de survenir dans le cadre de ces projets doivent tenir compte de la diversité des relations, qui peuvent appeler différents modes de règlement en fonction de la phase du projet, du type de différend et des parties en litige. Des différends peuvent survenir dès l'abord, pendant l'étape d'attribution du marché, par exemple sous la forme de contestations des adjudications ou des décisions de l'autorité contractante au fil du processus, en particulier au sujet de la sélection du partenaire privé. En règle générale, ces litiges sont traités conformément aux procédures généralement disponibles pour l'examen et le règlement des différends en vertu de la législation nationale sur les marchés publics (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. ...). Le présent chapitre se concentre sur les principaux litiges qui peuvent survenir pendant la phase de mise en œuvre et après l'achèvement du projet, qui peuvent être répartis en trois grandes catégories :

a) *Différends surgissant dans le cadre d'accords entre le partenaire privé et l'autorité contractante ou d'autres organismes publics.* Dans la plupart des pays de droit civil, le contrat de PPP est régi par le droit administratif (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. [...]), alors que dans d'autres pays il est en principe régi par le droit général des contrats complété par des dispositions spéciales élaborées pour les contrats passés par l'État pour la prestation de services publics. Ce régime peut avoir des incidences sur le mode de règlement des différends dont les parties au contrat de PPP pourraient convenir. Des considérations analogues peuvent également s'appliquer à certains contrats passés entre le partenaire privé et des organismes publics ou des entreprises d'État fournissant des biens ou des services au projet ou achetant des biens ou des services générés par l'ouvrage ;

b) *Différends surgissant dans le cadre de contrats et d'accords passés entre les promoteurs du projet ou le partenaire privé et des parties associées pour l'exécution du projet.* Il s'agit généralement au moins des arrangements suivants : i) contrats entre les parties détenant des parts de la société de projet (par exemple, pactes d'actionnaires, accords concernant la fourniture de financements supplémentaires ou arrangements relatifs aux droits de vote) ; ii) accords de prêt et accords connexes intéressant, outre la société de projet, des parties telles que les banques commerciales, les organismes publics de prêt, les organismes internationaux de prêt et les organismes d'assurance-crédit à l'exportation ; iii) contrats entre la société de projet et les entrepreneurs, qui peuvent eux-mêmes être des consortiums, les fournisseurs de matériel et les prestataires de services ; iv) contrats entre la société

de projet et les parties qui assurent l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage ; et v) contrats entre le partenaire privé et des entreprises privées pour la fourniture des biens et des services nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage ;

c) *Différends entre le partenaire privé et d'autres parties.* Ces autres parties comprennent les usagers ou les clients, qui peuvent être notamment une entreprise de services publics appartenant à l'État qui achète de l'électricité ou de l'eau à la société de projet pour la revendre aux utilisateurs finals ; des entreprises commerciales, telles que des compagnies aériennes ou des compagnies maritimes passant contrat pour l'utilisation d'un aéroport ou d'un port maritime ; ou des particuliers acquittant un droit de péage pour emprunter une route. Les parties à ces différends ne sont pas nécessairement liées par un rapport juridique antérieur à caractère contractuel ou analogue. Des litiges peuvent également survenir entre le partenaire privé et des tiers, par exemple des habitants de zones adjacentes, des groupes autochtones affectés par le projet ou des représentants de la société civile. Il est souhaitable que la loi prévoie à la fois des mécanismes de consultation permettant de prendre en compte les vues de ces parties dès la phase de planification, et un mécanisme de règlement des différends qui peuvent surgir entre elles et le partenaire privé (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. ...) ; voir aussi chap. II, « Planification et préparation du projet », par. ...).

B. Différends entre l'autorité contractante et le partenaire privé

3. Les contrats de PPP, particulièrement ceux qui sont associés à des projets d'infrastructure, s'étalent sur de longues périodes d'exécution, avec plusieurs entreprises participant aux phases de construction et d'exploitation. De plus, ces projets font souvent intervenir des organismes publics et attirent largement l'intérêt du public, d'où la nécessité de disposer de mécanismes permettant d'éviter, dans toute la mesure du possible, l'aggravation des désaccords entre les parties et de préserver leur relation commerciale, d'empêcher toute perturbation des travaux de construction ou de la prestation des services, et adaptés aux particularités des différends pouvant surgir.

4. Dans la présente section sont examinées certaines des principales questions relatives aux diverses phases de l'exécution des PPP. Les recours du partenaire privé contre des décisions des organismes de réglementations ont été abordés dans la partie relative aux pouvoirs de réglementer les services d'infrastructure (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. [...]), et le règlement des litiges pouvant surgir pendant la sélection d'un partenaire privé (c'est-à-dire les différends précontractuels) a été traité dans un autre chapitre du *Guide* (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. [...]).

1. Considérations générales sur les méthodes de prévention et de règlement des différends

5. Le plus souvent, les litiges survenant pendant la durée du contrat de PPP découlent de questions liées aux manquements possibles à des obligations contractuelles pendant la construction ou l'exploitation de l'ouvrage, et relatives à l'expiration ou à la résiliation du contrat. Ces différends, qui peuvent être très complexes, portent souvent sur des questions hautement techniques qui doivent être réglées rapidement pour ne pas entraîner de perturbations dans la construction ou l'exploitation de l'ouvrage. C'est pourquoi il est souhaitable que les parties conçoivent des mécanismes qui leur permettent de choisir des experts compétents pour les aider à régler leurs différends.

6. Pour atteindre les objectifs susmentionnés, les contrats de PPP prévoient souvent des clauses composites de règlement des différends destinées à en prévenir l'apparition (dans la mesure du possible), à favoriser la recherche de solutions concertées et à mettre en place des modes de règlement efficaces lorsqu'un litige ne peut être évité. De telles clauses énoncent normalement une série de mesures

successives commençant par une notification rapide à l'autre partie des problèmes pouvant se transformer en litiges si rien n'est fait pour les régler. Lorsqu'un différend apparaît malgré tout, le contrat de PPP peut imposer de manière générale aux parties d'échanger des informations et de se concerter afin de rechercher une solution. Si elles n'y parviennent pas elles-mêmes, l'une ou l'autre peut demander l'intervention d'un tiers indépendant et impartial pour les aider à en trouver une qui soit acceptable. Dans la plupart des cas, une procédure contradictoire n'est utilisée que lorsque le différend ne peut être réglé par voie de conciliation.

7. Toutefois, il peut y avoir des limites à la liberté qu'ont les parties de convenir de certaines méthodes de prévention ou de règlement des différends, tenant, par exemple, à l'objet de ces derniers ou, dans certains systèmes juridiques, au fait que l'autorité contractante est un organisme public. Dans certains systèmes, la tradition veut que, selon l'objet du contrat, l'État et les organismes publics ne soient pas entièrement libres de convenir de certaines méthodes de règlement des différends, en particulier l'arbitrage. Dans certains pays, cette limite ne s'étend pas aux entreprises publiques à caractère industriel ou commercial dont les relations avec des tiers relèvent du droit privé ou du droit commercial.

8. La liberté de convenir de méthodes de règlement des différends, dont l'arbitrage, peut aussi se trouver limitée par la nature juridique du contrat de PPP. Dans certains systèmes de droit civil où les contrats de PPP sont considérés comme des accords administratifs, il peut être nécessaire de soumettre un différend découlant de ce type de contrat à un tribunal judiciaire ou administratif du pays hôte. Dans d'autres systèmes juridiques, des limites analogues peuvent être expressément énoncées dans la législation ou dans des précédents jurisprudentiels directement applicables aux contrats de PPP, ou peuvent résulter de pratiques contractuelles établies, généralement fondées sur des textes législatifs ou réglementaires.

9. Les autorités contractantes devraient examiner attentivement les avantages et les inconvénients éventuels des diverses méthodes de règlement des litiges présentées dans le *Guide*. Il est important que les pays qui souhaitent résoudre les différends liés aux PPP en recourant à des modes alternatifs de règlement des litiges (y compris les diverses méthodes examinées dans le *Guide*) pour remplacer ou compléter les procédures de règlement accéléré par les tribunaux nationaux éliminent les obstacles juridiques possibles et autorisent clairement leurs autorités contractantes à convenir des méthodes qu'elles considèrent les plus appropriées et efficaces. L'absence d'une telle autorisation législative peut susciter des doutes quant à la validité de la clause compromissoire et retarder le règlement des litiges. Si, par exemple, un tribunal arbitral estime que la convention d'arbitrage a été valablement conclue, même si le défendeur allègue que l'autorité contractante n'était pas autorisée à la conclure, la question peut resurgir au stade de la reconnaissance et de l'exécution devant une juridiction étatique du pays hôte ou d'un pays tiers où la sentence doit être reconnue ou exécutée.

2. Méthodes couramment utilisées pour prévenir et régler les différends

10. Les paragraphes qui suivent présentent les caractéristiques essentielles de méthodes utilisées pour prévenir et régler les différends et examinent leur adéquation aux différentes phases des grands projets d'infrastructure (à savoir la construction, l'exploitation et la phase suivant la fin du contrat). Bien que les contrats de PPP prévoient généralement des mécanismes composites de prévention et de règlement des différends, il faut s'attacher à éviter d'imposer des procédures trop complexes ou un trop grand nombre de procédures différentes. La description succincte de certaines méthodes de prévention et de règlement des litiges donnée ci-après vise à informer le législateur de leurs caractéristiques et de leur utilité sans pour autant recommander l'utilisation d'une combinaison quelconque d'entre elles.

a) Alerte rapide

11. Des dispositions imposant une alerte rapide peuvent être un important moyen d'éviter les différends. Ainsi, si l'une des parties à un contrat estime que certains faits qui se sont produits ou certaines réclamations qu'elle entend présenter peuvent engendrer un différend, elle doit les porter à l'attention de l'autre partie dès que possible. En effet, non seulement un retard peut être source de conflit, en créant la surprise chez l'autre partie et en engendrant par conséquent animosité et hostilité, mais il peut également rendre les réclamations plus difficiles à justifier. C'est pourquoi lorsqu'un mécanisme d'alerte rapide est prévu, la partie requérante est généralement tenue de présenter des données chiffrées, ainsi que les preuves nécessaires, dans un délai déterminé. Pour que le mécanisme soit efficace, on prévoit fréquemment une sanction en cas de non-respect des dispositions, telle que la perte du droit de poursuivre l'action ou un alourdissement de la charge de la preuve. Dans les projets d'infrastructure, l'alerte rapide porte souvent sur des faits qui peuvent nuire à la qualité des travaux ou des services publics, accroître leur coût, engendrer des retards ou menacer la continuité du service. Elle est par conséquent utile pendant toute la durée du projet.

b) Médiation et conciliation

12. Le terme « médiation » est employé dans le *Guide* pour désigner, de manière large, une procédure dans laquelle une personne ou un groupe de personnes aide les parties, de façon indépendante et impartiale, à régler leur différend à l'amiable. La médiation diffère de la négociation (que les parties entament généralement après l'apparition du différend) dans la mesure où elle fait intervenir une assistance indépendante et impartiale pour aider à résoudre le différend alors qu'aucun tiers n'apporte son aide dans la négociation. La différence entre la médiation et l'arbitrage réside dans le fait que la médiation aboutit à un règlement du différend par l'accord des parties ou n'aboutit pas alors que, dans l'arbitrage, le tribunal impose une décision contraignante aux parties, à moins que ces dernières n'aient réglé leur litige avant le prononcé de la sentence. Dans la pratique, les procédures de médiation sont désignées par divers termes dont « conciliation ». Toutefois, dans la tradition juridique de certains pays, on établit une distinction entre « conciliation » et « médiation » pour insister sur le fait que, dans la conciliation, un tiers tente de rapprocher les parties en litige pour les aider à éliminer leurs points de désaccord alors que la médiation va plus loin puisque le médiateur est autorisé à proposer des solutions. Cependant, les termes « médiation » et « conciliation » sont le plus souvent utilisés comme des synonymes.

13. La médiation est de plus en plus utilisée dans diverses parties du monde, y compris dans les régions où elle était autrefois peu courante. Cette tendance se reflète notamment dans l'adoption par un nombre croissant d'États de lois relatives à la médiation, souvent fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)¹ (à laquelle a succédé la Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation (2018)²) et dans la création de plusieurs organismes privés et publics qui offrent des services de médiation aux parties intéressées. L'exécution des accords de règlement résultant de la médiation dépend actuellement du droit procédural et du droit matériel nationaux, qui varient encore considérablement en ce qui concerne tant les effets des accords de règlement que le processus d'exécution. La Convention des Nations Unies sur les accords de règlement

¹ Le texte de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17 (A/57/17)*, annexe I.

² Le texte officiel de la Loi type sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation (2018) est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément...*

internationaux issus de la médiation³ aborde cette question en prévoyant un régime efficace et uniforme pour la reconnaissance et l'exécution transfrontalières des accords de règlement, sur le modèle de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958)⁴ qui a connu un grand succès.

14. En règle générale, la procédure de médiation est informelle et facile à mettre en œuvre, d'où le fait qu'elle soit habituellement rapide et peu coûteuse. Elle est aussi normalement privée et confidentielle, bien que certains pays mettent en avant la transparence des médiations où interviennent des organismes publics (par exemple en rendant publics les accords de règlement). Le médiateur, qui peut assumer de multiples fonctions, joue en général un rôle plus actif qu'un simple facilitateur. Il peut fréquemment mettre en question la position des parties pour en faire ressortir les faiblesses, ce qui facilite généralement un accord, et peut proposer, s'il y est autorisé, des solutions. La procédure est habituellement facultative et le médiateur a pour tâche de faciliter un règlement en attirant l'attention des parties sur les problèmes et sur les solutions possibles plutôt qu'en statuant sur l'affaire. Elle est particulièrement utile lorsque les parties sont nombreuses et qu'il serait donc difficile de parvenir à un accord par des négociations directes. Compte tenu des éventuelles répercussions financières et pratiques des accords de règlement, et dans un souci de transparence et d'application du principe de responsabilité, il peut être souhaitable de soumettre la mise en œuvre d'un tel accord par l'autorité contractante à l'approbation préalable d'un organe supérieur.

15. Si elles prévoient la médiation dans le contrat de PPP, les parties devront régler diverses questions procédurales pour accroître les chances de succès. Elles y parviendront d'autant plus facilement qu'elles incorporeront par référence, dans leur contrat, des règles telles que le *Règlement de conciliation de la CNUDCI*⁵. Divers organismes internationaux et nationaux ont également établi des règles relatives à la médiation.

c) Examen des différends techniques par des experts indépendants

16. Pendant la phase de construction de l'ouvrage, les parties peuvent souhaiter prévoir que certains types de différends soient soumis à un expert indépendant nommé par elles. Cette méthode peut être particulièrement utile en cas de désaccords portant sur des aspects techniques de la construction de l'ouvrage (par exemple, lorsqu'il s'agit de savoir si les travaux répondent aux spécifications contractuelles ou aux normes techniques).

17. Les parties peuvent, par exemple, nommer un inspecteur des plans qui examinera les désaccords relatifs à l'inspection et à l'approbation des plans de l'ouvrage ou un ingénieur-superviseur qui suivra l'avancement des travaux de construction (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]). Ces experts indépendants devraient être spécialisés dans la

³ Pour le texte officiel de la « Convention de Singapour sur la médiation » (intitulé sous lequel elle est connue), voir la résolution 73/198 de l'Assemblée générale du 20 décembre 2018.

⁴ Pour le texte officiel de la « Convention de New York » (intitulé sous lequel elle est connue), voir le Recueil des traités des Nations Unies, vol. 330, n° 4739, texte reproduit dans le *Registre des textes des conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.V.3).

⁵ Pour le texte officiel du *Règlement de conciliation de la CNUDCI*, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17 (A/35/17)*, par. 106 (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XI, 1980, première partie, chap. II, sect. A (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.8)). Le *Règlement de conciliation de la CNUDCI* a également été publié sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.6). Il est accompagné d'une clause de conciliation type rédigée comme suit : « Quand, en cas de litige découlant du présent contrat ou lié audit contrat, les parties souhaitent rechercher un règlement amiable de ce litige par la conciliation, celle-ci se fera conformément au *Règlement de conciliation de la CNUDCI* actuellement en vigueur. » L'Assemblée générale a recommandé l'utilisation du *Règlement de conciliation de la CNUDCI* dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980.

conception et la construction de projets du même type. Le contrat de PPP devrait spécifier les pouvoirs de l'expert indépendant (en indiquant, par exemple, s'il doit formuler des recommandations ou prendre des décisions obligatoires), ainsi que les cas dans lesquels les parties peuvent lui demander un avis ou une décision. Dans certains grands projets d'infrastructure, par exemple, le partenaire privé peut demander un tel avis chaque fois qu'il est en désaccord avec l'autorité contractante concernant la conformité de certains aspects des plans ou des travaux de construction avec les spécifications ou les obligations contractuelles applicables. Recourir à un inspecteur des plans ou à un ingénieur-superviseur, selon le cas, peut être particulièrement utile lorsque le contrat de PPP requiert le consentement préalable de l'autorité contractante pour certaines actions du partenaire privé, telles qu'une autorisation finale pour l'exploitation de l'ouvrage (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]).

18. Il a souvent été fait appel à des experts indépendants pour régler des différends techniques découlant de contrats de construction et il est possible d'appliquer les divers mécanismes et procédures utilisés dans l'industrie du bâtiment, *mutatis mutandis*, aux PPP. Toutefois, il convient de noter que les différends entre l'autorité contractante et le partenaire privé ne portent pas nécessairement sur les mêmes points que ceux qui découlent habituellement d'un contrat de construction. En effet, les positions respectives de l'autorité contractante et du partenaire privé, dans un contrat de PPP, ne sont pas pleinement comparables à celles du propriétaire et de l'entrepreneur dans un contrat de construction. Ainsi, les litiges portant sur les sommes à payer à l'entrepreneur pour les travaux effectivement réalisés, qui sont fréquents dans les contrats de construction, ne sont pas typiques des relations entre l'autorité contractante et le partenaire privé, puisque ce dernier n'est normalement pas rétribué par l'autorité contractante pour les travaux de construction effectués.

d) Conseils d'examen des différends

19. Dans les grands projets d'infrastructure, le contrat de PPP prévoit souvent la mise en place d'un conseil composé d'experts nommés par les deux parties, éventuellement avec l'aide d'une autorité de nomination, afin de faciliter le règlement des litiges pouvant survenir pendant la construction ou l'exploitation (appelé dans le *Guide* « conseil d'examen des différends », de l'anglais *dispute review board*). Ces conseils peuvent être permanents ou ad hoc, selon le nombre de litiges prévisible et l'évaluation par les parties du coût et de l'efficacité de l'une ou l'autre solution. Les instances peuvent être à la fois informelles, rapides et adaptées aux particularités des différends dont le conseil est saisi. En nommant un tel conseil, les parties peuvent éviter que des malentendus ou des divergences se transforment en véritables litiges ne pouvant être réglés que par l'arbitrage ou le recours aux tribunaux. C'est en fait son efficacité comme moyen d'éviter les différends qui constitue l'un des points forts du conseil, encore qu'il puisse aussi servir à les régler, en particulier lorsqu'il est habilité à rendre des décisions qui s'imposent aux parties.

20. Pour constituer un conseil d'examen des différends, les parties choisissent généralement, dès le début du projet, trois experts renommés pour leur connaissance du secteur concerné. Les experts peuvent être remplacés si le projet comporte différentes phases pouvant exiger des connaissances spécialisées différentes (par exemple, les connaissances requises ne sont pas les mêmes pour la construction de l'ouvrage et la gestion ultérieure du service public). Le remplacement fréquent des experts risque toutefois de provoquer une perte des connaissances institutionnelles. Cependant, dans certains grands projets d'infrastructure, plusieurs conseils ont été établis. Un conseil d'examen des différends traitera ainsi uniquement les litiges relatifs à des questions techniques (par exemple, la conception de l'ouvrage, l'adéquation d'une certaine technologie, le respect des normes environnementales) alors qu'un autre se chargera des différends de nature contractuelle ou financière (par exemple, le montant de l'indemnisation due pour retard dans l'octroi de licences ou les désaccords concernant l'application des formules de révision des prix). Chacun des membres du conseil devrait avoir une expérience du type de projet concerné, y

compris de l'interprétation et de l'application des contrats de PPP et devrait s'engager à demeurer impartial et indépendant par rapport aux parties. Ils peuvent être saisis de rapports périodiques sur l'avancement des travaux de construction ou sur l'exploitation de l'ouvrage, selon le cas, et être informés immédiatement des divergences pouvant surgir entre les parties. Ils peuvent rencontrer ces dernières, soit à intervalles réguliers, soit selon les besoins, pour examiner les divergences survenues et proposer des solutions possibles.

21. Étant donné leur rôle, les membres du conseil peuvent se rendre périodiquement sur le terrain, rencontrer les parties et être tenus informés de l'avancement des travaux. Ces rencontres peuvent aider à déceler rapidement tout conflit potentiel avant qu'il ne s'aggrave et ne se transforme en véritable différend. Lorsque des points litigieux sont décelés, le conseil propose des solutions qui, étant donné l'expertise et le prestige de ses membres, ont de grandes chances d'être acceptées par les parties. Lorsqu'il est saisi d'un différend, il l'analyse de manière informelle, généralement en discutant avec les parties à l'occasion d'une visite sur le terrain. Il dirige la discussion mais chacune des parties a tout loisir d'exposer ses vues, et il est libre quant à lui de poser des questions et de demander des documents ou d'autres éléments de preuve. La tenue de réunions sur le terrain, peu après les événements à l'origine du conflit et avant que chacun n'ait durci sa position, offre des avantages évidents. Le conseil se réunit ensuite en privé pour essayer de formuler une recommandation ou une décision. Si les parties n'acceptent pas ces propositions et si un litige ne peut être évité, le conseil est dans une position privilégiée, s'il a l'autorisation des parties, pour le résoudre rapidement en raison de sa connaissance des problèmes et des documents contractuels.

22. Étant donné la durée généralement longue des PPP, de nombreuses circonstances afférentes à leur exécution peuvent changer avant la fin de la période du contrat. Les conséquences de certains de ces changements peuvent être automatiquement prises en compte dans le contrat (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. [...]) mais il existe d'autres modifications qui se prêtent plus difficilement à l'insertion dans un mécanisme d'ajustement automatique ou que les parties peuvent préférer en exclure. Il importe donc que les parties mettent en place des mécanismes pour traiter les différends pouvant découler des changements de circonstances. Cela est particulièrement important au stade de l'exploitation du projet. Lorsque les parties sont convenues de règles permettant de réviser les clauses du contrat de PPP à la suite de certaines circonstances, peut se poser la question de savoir si ces circonstances se sont véritablement produites et, dans l'affirmative, comment il faut modifier ou compléter les clauses contractuelles. Pour faciliter le règlement d'éventuels litiges et éviter tout blocage lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur une révision du contrat, il est souhaitable qu'elles précisent si certaines clauses contractuelles peuvent être modifiées ou complétées par le conseil d'examen des différends, et dans quelle mesure. On notera, à cet égard, que les parties n'auront pas toujours la possibilité de recourir à un tribunal arbitral ou à une juridiction étatique du pays à cette fin. En effet, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux et les arbitres n'ont pas compétence pour modifier ou compléter des clauses contractuelles. Dans d'autres, ils ne peuvent le faire que s'ils y sont expressément autorisés par les parties. Dans d'autres encore, les arbitres peuvent le faire mais non les tribunaux.

23. La législation qui régit les procédures arbitrales ou juridictionnelles peut déterminer dans quelle mesure les parties peuvent autoriser des arbitres ou une juridiction étatique à réexaminer une décision du conseil d'examen des différends. Si un tel réexamen est exclu, la décision du conseil a l'avantage d'être immédiatement définitive et obligatoire. Toutefois, s'il est autorisé, les parties auront davantage l'assurance que la décision est correcte. Au début, les clauses relatives aux conseils d'examen des différends ne prévoyaient pas que les recommandations de ces derniers deviendraient définitives si elles n'étaient pas contestées dans une procédure arbitrale ou devant une juridiction étatique. Dans la pratique, toutefois, la force persuasive de recommandations adoptées à l'unanimité par des experts indépendants nommés

conjointement par les parties a conduit les autorités contractantes comme les sociétés de projet à accepter volontairement ces recommandations plutôt que de s'en remettre aux tribunaux. Aujourd'hui, les mêmes clauses stipulent généralement qu'une décision du conseil, si elle ne s'impose pas immédiatement aux parties, devient obligatoire sauf si l'une d'entre elles ou les deux soumettent le différend à l'arbitrage ou à une juridiction étatique dans un délai déterminé. Les parties tiennent souvent compte, non seulement de la possibilité d'éviter une procédure qui risque d'être très longue, mais également de la difficulté que pourra avoir la juridiction étatique ou le tribunal arbitral à remettre en cause une recommandation dont la force est d'autant plus grande qu'elle a été formulée par des experts indépendants connaissant bien le projet depuis le départ et fondée sur une observation dudit projet avant la naissance du différend et au moment de ce dernier.

24. Les parties peuvent convenir, quoiqu'elles le fassent très rarement, que la décision du conseil sera définitive et obligatoire. On notera toutefois que, même si les parties conviennent d'être ainsi liées, dans de nombreux systèmes juridiques, cette décision, même si elle est obligatoire en tant que contrat, peut ne pas être exécutoire dans une procédure en référé telle qu'une procédure d'exécution d'une sentence arbitrale, puisqu'elle n'a pas valeur de sentence arbitrale. Si les parties envisagent de recourir à un conseil d'examen des différends, il leur faudra régler diverses questions de procédure dans le contrat de PPP. Il serait souhaitable que ce contrat délimite aussi précisément que possible les pouvoirs conférés au conseil. S'agissant de la nature des fonctions du conseil, le contrat de PPP pourrait autoriser celui-ci à présenter des conclusions sur les faits et à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Les fonctions peuvent être précisées ainsi que le type de questions pouvant être traitées. Si les parties sont autorisées à porter leur litige devant un tribunal arbitral ou une juridiction étatique dans un certain délai après le prononcé de la décision, elles pourraient préciser que les conclusions sur les faits présentées par le conseil ne sauraient être réfutées dans une procédure arbitrale ou juridictionnelle. Le contrat de PPP pourrait également faire obligation aux parties d'exécuter une décision prise par le conseil concernant des mesures provisoires ou conservatoires ou une décision sur le fond de certaines questions précisées ; si elles ne le font pas, elles seront réputées avoir manqué à une obligation contractuelle. S'agissant de la durée des fonctions du conseil, le contrat de PPP peut prévoir que le conseil restera actif pendant un certain temps après l'expiration ou la résiliation de ce contrat, afin d'examiner les différends pouvant apparaître à ce stade (par exemple, les différends sur l'état des biens remis à l'autorité contractante et l'indemnisation due pour ces biens).

e) Conseils pour les décisions d'urgence

25. Dans le cas des grands projets d'infrastructure, les contrats de PPP peuvent prévoir des mécanismes spécifiques pour régler les différends entre les parties, par exemple la mise en place d'un conseil pour les décisions d'urgence (de l'anglais dispute adjudication board), structure qui permet aux parties de régler leur conflit au moyen d'une procédure convenue selon laquelle un tiers-décideur (parfois désigné en tant que membre du conseil) ou une commission de trois tiers-décideurs rend une décision tranchant le litige. Habituellement, les parties souhaitant régler les différends par l'intermédiaire d'un conseil pour les décisions d'urgence signent une convention de décision d'urgence. Généralement conclue entre les deux parties au contrat de PPP initial et le tiers-décideur unique ou la commission des trois tiers-décideurs, la convention aborde par ailleurs la procédure qui sera suivie, y compris les obligations des parties la concluant, les modalités de rémunération du ou des tiers-décideur(s) et la remise en cause de la décision d'urgence. Les différends découlant d'un contrat de PPP peuvent porter sur des questions délicates d'ordre public et certains tiers peuvent avoir un intérêt légitime dans l'issue d'un arbitrage. Il est donc souhaitable que l'autorité contractante et le partenaire privé tiennent compte de ce point et élaborent, le cas échéant, des procédures permettant à ces tiers de présenter leurs observations

ou d'avoir accès à la procédure⁶. La convention de décision d'urgence peut prendre effet par exemple à une date d'entrée en vigueur convenue, ou lorsque les parties et le ou les tiers-décideur(s) l'ont tous signée, la date la plus tardive étant retenue.

26. Comme c'est le cas pour les conseils d'examen des différends, les conseils pour les décisions d'urgence peuvent être permanents ou, pour limiter les coûts, être créés de façon ponctuelle, selon que de besoin. Les parties choisissent le tiers-décideur unique ou une commission de trois tiers-décideurs. Dans le cas d'une commission, chaque partie propose un tiers-décideur dont la nomination est soumise à l'agrément de l'autre partie et, après avoir consulté ces deux membres, les parties s'entendent sur le troisième tiers-décideur, qui fera fonction de président du conseil pour les décisions d'urgence. Les parties s'appuient sur plusieurs facteurs pour effectuer leurs choix, notamment les représentations du tiers-décideur quant à son expérience du travail que l'entrepreneur doit effectuer en vertu du contrat, l'expérience du tiers-décideur en matière d'interprétation de la documentation contractuelle et sa maîtrise de la langue de communication indiquée dans le contrat de PPP. Le tiers-décideur est nommé à titre personnel ; il doit habituellement justifier de son indépendance et de son impartialité et s'engager à agir de manière impartiale et indépendante, et il est tenu de faire connaître aux parties tout fait ou circonstance qui pourrait sembler de nature à affecter son impartialité ou son indépendance.

27. Les parties à la convention de décision d'urgence peuvent demander à récuser le tiers-décideur pour manque d'indépendance, nonobstant toute circonstance qu'il aurait ou non fait connaître. La partie qui conteste la nomination peut communiquer l'allégation de manque d'indépendance à une institution désignée à l'avance dans le contrat de PPP ou, si elle le juge nécessaire ou prudent, renvoyer l'affaire à un professionnel ou un organisme indépendant pour examiner et évaluer la demande de récusation. Si la personne ou l'organisme est d'avis que le tiers-décideur n'est plus indépendant conformément à la convention, ce dernier devrait être récusé et l'institution désignée devrait nommer un remplaçant dans les meilleurs délais. Les coûts d'une telle procédure de récusation sont habituellement partagés entre les parties.

28. Le tiers-décideur est en outre soumis à plusieurs obligations générales. Les obligations typiques qui peuvent être convenues entre les parties et prévues dans la convention de décision d'urgence sont notamment comme suit : le tiers-décideur ne doit avoir aucun intérêt, financier ou autre, dans le projet ; il ne doit pas avoir été précédemment employé (que ce soit en tant que consultant ou à tout autre titre) par l'une ou l'autre des parties, et ; il doit avoir fait connaître tout engagement antérieur, professionnel ou personnel, lié au projet ou à l'employeur. Dans certains cas, les parties peuvent convenir de renoncer à certaines obligations, par exemple, le fait que le tiers-décideur n'ait pas été employé en tant que consultant (ou à tout autre titre) par l'une ou l'autre partie, si l'information a été communiquée par écrit à l'autre partie.

29. De même, les parties sont elles-mêmes soumises à des obligations générales en vertu de la convention de décision d'urgence. Ces obligations peuvent comprendre des conditions stipulant que l'une ou l'autre partie ne demandera pas de conseils ou de consultation au tiers-décideur au sujet du contrat de PPP, autrement que dans le cours normal des activités du conseil pour les décisions d'urgence en vertu du contrat de PPP et de la convention de décision d'urgence, ou lorsque les deux parties conviennent conjointement de saisir le conseil pour les décisions d'urgence en vertu du contrat de PPP. De plus, les parties s'engagent habituellement l'une envers l'autre à ce que le tiers-décideur ne soit pas désigné comme arbitre dans le cadre d'un arbitrage en vertu du contrat de PPP, qu'il ne soit pas appelé comme témoin pour

⁶ Ces procédures pourraient s'inspirer, *mutatis mutandis*, du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (pour le texte officiel du « Règlement sur la transparence », voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*, annexe I. Le Règlement sur la transparence a également été publié sous forme de brochure. L'Assemblée générale a recommandé l'utilisation du Règlement sur la transparence dans sa résolution 68/109 du 16 décembre 2013.

témoigner dans un arbitrage en vertu du contrat de PPP, et qu'il ne soit tenu pour responsable d'aucune demande ou de quoi que ce soit de fait ou d'omis dans l'exécution ou la prétendue exécution de ses fonctions de tiers-décideur, sauf s'il est démontré qu'il a agi de mauvaise foi. Les parties tiennent aussi normalement le tiers-décideur couvert contre toute demande lorsqu'il est dégagé de toute responsabilité et conviennent habituellement de l'indemniser conjointement et solidairement. Si le tiers-décideur est tenu de se rendre sur le site et d'assister à une audience, la partie à l'origine de la demande devra également fournir une garantie appropriée, d'un montant équivalent aux frais que le tiers-décideur pourrait raisonnablement encourir.

30. La rémunération du tiers-décideur peut également être fixée dans la convention de décision d'urgence. Y seront généralement indiqués la devise dans laquelle le tiers-décideur sera rémunéré, la provision à verser, les honoraires journaliers, le paiement des frais raisonnables (y compris relatifs aux déplacements nécessaires) et toutes les éventuelles taxes applicables. La provision et les honoraires journaliers sont indiqués de manière détaillée et les parties peuvent convenir de fixer ces honoraires pour une période déterminée. Les parties sont également tenues d'effectuer les règlements rapidement et les tiers-décideurs sont quant à eux tenus de soumettre des factures comportant une description suffisante des activités réalisées. La convention de décision d'urgence permet également aux parties d'organiser le mode de paiement des sommes dues au tiers-décideur. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur les montants, l'entité de nomination ou la personne nommée dans le projet prend la décision, et s'il n'est pas payé dans un délai précis après avoir soumis une facture valide, le tiers-décideur peut décider de suspendre ses services sans préavis ou de démissionner en communiquant une notification valable.

31. Les tiers-décideurs du conseil pour les décisions d'urgence sont également tenus de suivre les règles de procédure particulières énoncées dans la convention de décision d'urgence. Ces règles de procédure précisent ce que le conseil est tenu de faire en ce qui concerne les visites sur les lieux (calendrier, ordre du jour, fréquence, etc.) ; il est également tenu de se tenir au courant de l'avancement du projet et de tout éventuel problème ou demande. De plus, elles précisent également ce que les parties doivent faire au cours d'une audience ou dans le cadre d'une demande, notamment fournir au conseil une copie de tous les documents que celui-ci peut demander, fournir à l'autre partie des copies de toutes les communications avec le conseil et, si le conseil est constitué de trois tiers-décideurs, envoyer des copies des documents demandés à chacun d'entre eux.

32. Les règles de procédure précisent également le mode de déroulement des audiences relatives aux différends et la manière dont les ambiguïtés et les erreurs de fait ou de principe émanant du conseil pour les décisions d'urgence seront traitées. Par exemple, si les tiers-décideurs du conseil conviennent, dans un délai préétabli, que leur décision contient des erreurs de fait ou de principe, le conseil doit en informer les parties et publier un rectificatif écrit à sa décision. Une procédure similaire est applicable si des ambiguïtés sont constatées. Si l'une ou l'autre partie pense que la décision contient une ambiguïté, elle peut demander des éclaircissements au conseil, lequel devra répondre dans un délai préétabli à compter de la réception d'une telle demande et communiquer sa réponse aux parties. Si le conseil est lui-même d'avis que sa décision contenait une erreur ou une ambiguïté, il peut la corriger en communiquant un rectificatif.

33. Les pouvoirs du conseil pour les décisions d'urgence sont prévus dans les règles de procédure. Généralement, le conseil est autorisé à adopter une procédure inquisitoire, à refuser l'admission ou le droit de parole aux audiences à toute personne autre que les représentants de l'une ou l'autre partie, et à procéder en l'absence de toute partie dont il estime qu'elle a bien été notifiée de la tenue de l'audience. Il convient toutefois de noter que la convention conclue par les parties peut limiter ces attributions. Les autres pouvoirs du conseil dont les parties sont susceptibles de convenir comprennent, sans toutefois s'y limiter, le choix de la procédure à appliquer

pour trancher un différend ainsi que la détermination de la compétence du conseil et de l'étendue de tout différend qui lui est soumis.

34. Aucune opinion ne devrait être exprimée par les membres du conseil pour les décisions d'urgence au cours des audiences relatives au bien-fondé des arguments avancés par les parties. Le conseil devrait par ailleurs se réunir à huis clos après les audiences afin de tenir ses délibérations et de préparer ses décisions, et il devrait toujours s'efforcer de parvenir à des décisions unanimes. Si cela n'est pas possible, chaque décision devrait être prise à la majorité des tiers-décideurs, qui peuvent exiger du tiers-décideur minoritaire qu'il prépare un rapport écrit (qui est généralement annexé à la décision du conseil). Enfin, s'agissant d'un conseil de trois membres, le tiers-décideur absent ne peut pas empêcher les deux autres de prendre une décision, à moins que les parties n'en soient pas d'accord, et si le tiers-décideur absent est le président et qu'il ordonne aux autres tiers-décideurs de ne pas prendre de décision.

35. Les parties disposent de divers mécanismes pour récuser le tiers-décideur, par exemple en lui notifiant la résolution de sa mission conformément à la convention de décision d'urgence, ou s'il ne respecte pas cette convention. Dans ces situations, les deux parties doivent convenir de la résolution pour qu'elle soit valide. Un tiers-décideur peut également mettre fin à sa participation au conseil pour les décisions d'urgence si l'une ou l'autre des parties ne respecte pas la convention de décision d'urgence. Toutefois, si le tiers-décideur ne respecte pas l'une quelconque des obligations précisées dans la convention de décision d'urgence, il ne sera plus en droit de percevoir d'honoraires ou de frais et il pourrait être tenu de rembourser aux parties les honoraires et les frais déjà perçus pour des procédures ou des décisions que son manquement invaliderait ou auxquelles il enlèverait tout effet juridique. Au cas où le manquement, la résolution ou l'invalidité de la convention de décision d'urgence entraînerait une réclamation ou un différend, les parties peuvent convenir de régler cette réclamation ou ce différend par voie d'arbitrage institutionnel. Les dispositions relatives au choix de l'institution d'arbitrage, de l'arbitre ou du règlement d'arbitrage peuvent être convenues à l'avance par les parties à la convention de règlement des litiges.

36. Le rôle du conseil pour les décisions d'urgence ne se limite pas aux différends qui lui sont soumis dans le cadre du fonctionnement officiel du mécanisme. Le conseil peut également aider à régler les questions qui lui sont soumises conjointement par les parties. Ces dernières peuvent ainsi lui demander de les aider ou de discuter pour tenter de résoudre tout désaccord qui aurait pu survenir entre elles au cours de l'exécution du contrat de PPP. Un appui informel peut être fourni lors de réunions, de visites sur les lieux ou de toute autre manière, à condition que les deux parties soient présentes à la réunion, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement. Toutefois, les parties ne sont pas tenues de donner suite aux conseils donnés lors de ces réunions informelles, et le conseil pour les décisions d'urgence n'est lié à aucune décision ni à aucune procédure de règlement des différends future par les points de vue exprimés au cours du processus d'aide informelle.

37. Les contrats de PPP qui prévoient d'avoir préférablement recours à des conseils pour les décisions d'urgence afin de régler leurs différends disposeront normalement que les décisions de ces conseils sont de nature définitive et contraignante. Conformément à certains contrats de PPP, l'une ou l'autre partie est en droit de déposer un avis d'insatisfaction (ou autre avis similaire) dans un délai donné. À l'expiration de la période concernée, la décision du conseil devient définitive et contraignante. Si un tel avis d'insatisfaction a été donné, les parties sont tenues de tenter de régler le différend à l'amiable ; si elles n'y parviennent pas, elles peuvent recourir à l'arbitrage pour le résoudre. Toutefois, la procédure d'arbitrage peut commencer le dernier jour du délai imparti pour qu'une partie dépose un avis d'insatisfaction, même si aucune tentative n'a été faite pour régler le différend à l'amiable.

f) Arbitrage

38. Le recours à l'arbitrage est de plus en plus fréquent pour régler les différends pouvant surgir dans le cadre de PPP. Dans certains systèmes juridiques, la législation impose le recours à l'arbitrage pour les litiges découlant de marchés publics, y compris les PPP. L'arbitrage est mis en œuvre à la fois pendant la construction ou l'exploitation de l'ouvrage et à la suite de l'expiration ou de la résiliation du contrat. Les investisseurs privés et les prêteurs préfèrent cette procédure, et l'exigent même souvent, dans la mesure où elle peut être structurée par les parties de manière à être moins formelle qu'une procédure juridictionnelle et mieux adaptée à leurs besoins et aux particularités des différends susceptibles de naître dans le cadre du contrat de PPP. Les parties peuvent choisir comme arbitres des personnes ayant une connaissance approfondie du type de projet visé. Elles peuvent aussi choisir le lieu où se tiendra la procédure arbitrale, ainsi que la ou les langue(s) qui y seront utilisées. Une procédure arbitrale perturbera peut-être moins les relations commerciales entre les parties qu'une action en justice. Par ailleurs, l'exécution d'une sentence arbitrale dans des pays autres que celui où elle a été rendue se trouve facilitée par la large acceptation de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958. La possibilité de préserver la confidentialité des procédures d'arbitrage (par opposition aux procédures judiciaires qui, de par leur nature, sont généralement accessibles au public) constituait une raison supplémentaire que les parties invoquaient autrefois fréquemment pour justifier leur choix pour ce qui concerne les litiges commerciaux.

39. Pour ce qui est en particulier des projets d'infrastructure auxquels participent des investisseurs étrangers, on notera que la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États⁷ peut constituer un cadre pour le règlement des différends entre l'autorité contractante et les sociétés étrangères membres d'un consortium. Cette convention, à laquelle adhèrent à ce jour 154 États, a porté création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Organisation internationale autonome ayant des liens étroits avec la Banque mondiale, le CIRDI offre des moyens de médiation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants. Le recours à ses services de médiation et d'arbitrage est volontaire. Cependant, une fois que les parties à un contrat ou à un différend ont consenti à soumettre ce dernier au Centre dans le cadre de la Convention, aucune ne peut retirer unilatéralement ce consentement. Tous les membres du CIRDI, qu'ils soient ou non parties à un différend, sont tenus par la Convention de reconnaître et d'exécuter ses sentences arbitrales. Le consentement des parties à l'arbitrage du Centre peut être donné pour un litige existant ou pour une catégorie déterminée de litiges futurs. Les parties ne sont cependant pas tenues de donner leur consentement pour un projet particulier ; un pays hôte pourrait, dans sa législation sur la promotion des investissements, offrir de soumettre au Centre les différends nés de certaines catégories d'investissements et l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant cette offre par écrit. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est aussi souvent mis en œuvre dans l'arbitrage d'investissement. Ces dernières années, on a observé l'accent croissant mis sur la transparence en matière de règlement des différends entre investisseurs et États, tendance qu'encouragent le *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités* (« Règlement sur la transparence »)⁸, adopté en 2013, et la *Convention des Nations Unies sur la*

⁷ Voir *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 575, n° 8359.

⁸ Pour le texte du *Règlement sur la transparence*, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*, annexe I. Le *Règlement sur la transparence* a également été publié sous forme de brochure. L'Assemblée générale a recommandé l'utilisation du *Règlement sur la transparence* dans sa résolution 68/109 du 16 décembre 2013.

transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014) (« Convention de Maurice sur la transparence »)⁹.

40. Les traités d'investissement bilatéraux peuvent également prévoir un cadre pour le règlement de différends entre l'autorité contractante et les sociétés étrangères (relatifs aux sujets qu'ils couvrent). Dans ces traités, l'État hôte offre généralement aux investisseurs qui sont ressortissants de l'autre État signataire un certain nombre de garanties (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. [...]) et manifeste son consentement à l'arbitrage, par exemple, par référence au CIRDI ou à un tribunal arbitral appliquant le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*¹⁰.

i) *Immunité de l'État souverain*

41. Le législateur peut souhaiter réexaminer les lois relatives à l'immunité souveraine et, dans la mesure jugée souhaitable, préciser dans quels domaines les autorités contractantes sont ou non autorisées à invoquer cette immunité. Lorsque l'arbitrage est autorisé et que les parties au contrat de PPP le choisissent pour régler leurs différends, l'application de la convention d'arbitrage peut être malaisée voire entravée si l'autorité contractante a la possibilité d'invoquer l'immunité de l'État souverain, soit pour empêcher l'ouverture de la procédure, soit comme moyen de défense contre la reconnaissance et l'exécution de la sentence. Il arrive que les textes législatifs sur cette question ne soient pas clairs. Les parties intéressées (par exemple, le partenaire privé, les promoteurs du projet ou les prêteurs) peuvent alors craindre que la convention d'arbitrage ne soit inopérante. Afin d'apaiser de telles craintes, il est souhaitable de réexaminer la législation sur la question et d'indiquer dans quelle mesure l'autorité contractante peut invoquer l'immunité de l'État souverain.

42. En outre, lorsqu'une sentence lui est défavorable, l'autorité contractante peut invoquer l'immunité d'exécution contre les biens de l'État. La question de l'immunité d'exécution des États fait l'objet de diverses approches. Par exemple, dans certaines législations nationales, elle ne s'étend pas aux entités publiques qui ont une activité commerciale. Dans d'autres, il faut qu'existe un lien entre le bien devant être saisi et la demande de saisie dans la mesure où, par exemple, l'immunité ne peut pas être invoquée lorsque la demande porte sur des fonds alloués à une activité économique ou commerciale régie par le droit privé, ou encore lorsqu'il s'agit de biens affectés par l'État à ses activités commerciales. Dans certains pays, on considère qu'il appartient à l'État de prouver que les biens devant faire l'objet d'une saisie n'ont pas d'usage commercial.

43. Dans certains contrats auxquelles certaines des parties sont des entités qui peuvent invoquer l'immunité de l'État souverain, des clauses ont été incluses stipulant que les pouvoirs publics renoncent à leur droit d'invoquer l'immunité souveraine. Un tel consentement ou une telle renonciation pourrait figurer dans le contrat de PPP ou dans un accord international ; il pourrait s'agir uniquement de reconnaître que certains biens sont utilisés ou destinés à être utilisés à des fins commerciales. De telles clauses écrites peuvent être nécessaires lorsqu'il n'est pas clair que la conclusion

⁹ Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 69/116 du 10 décembre 2014. Entrée en vigueur le 18 octobre 2017, Nations Unies, n° 54749 (pour l'état et le texte de la Convention de Maurice sur la transparence, voir à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html).

¹⁰ Le texte officiel du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, version révisée en 2010, est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17)*, annexe I (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XLI, 2010, première partie, chap. I, sect. A, annexe I (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.13.V.8)). Le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, version révisée en 2010, a également été publié sous forme de brochure (Nations Unies, New York, 2011). Il est accompagné d'une clause d'arbitrage type rédigée comme suit : « Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*. » L'Assemblée générale a recommandé l'utilisation du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* dans sa résolution 65/22 du 6 décembre 2010.

d'une convention d'arbitrage et la participation de l'entité publique à une procédure arbitrale constituent une renonciation implicite à l'immunité d'exécution.

ii) *Efficacité de la convention d'arbitrage et force exécutoire de la sentence*

44. L'efficacité d'une convention d'arbitrage dépend du régime législatif du pays où siège le tribunal arbitral. Si une partie juge que le régime de ce pays en matière d'arbitrage n'est pas satisfaisant, par exemple parce qu'elle estime qu'il soumet l'autonomie des parties à des restrictions déraisonnables, elle peut souhaiter convenir d'un lieu d'arbitrage situé ailleurs. Il est donc important que le pays hôte garantisse que sa législation interne en matière d'arbitrage règle les principales questions de procédure de manière appropriée pour les arbitrages internationaux. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international¹¹ (« Loi type sur l'arbitrage ») contient un tel régime. Si l'arbitrage a lieu en dehors du pays hôte, ou si une sentence rendue dans le pays hôte doit être exécutée à l'étranger, l'efficacité de la convention d'arbitrage dépendra également de la législation qui régit la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (voir par. [...]) traite, entre autres, de la reconnaissance d'une convention d'arbitrage et des motifs que peut invoquer le tribunal pour refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence. On estime généralement que cette convention offre un régime acceptable et équilibré pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Le fait que le pays hôte y soit partie sera certainement considéré comme un élément crucial lorsqu'il s'agira de déterminer la sécurité juridique des engagements contraignants pris et la fiabilité de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends avec les parties du pays. L'exécution à l'étranger d'une sentence arbitrale rendue dans le pays hôte s'en trouverait aussi facilitée.

g) **Procédures juridictionnelles**

45. Comme il a été indiqué plus haut, il existe des systèmes juridiques où le règlement des différends pouvant naître d'accords relatifs à la prestation de services publics relève exclusivement de la compétence des tribunaux judiciaires ou administratifs nationaux. Dans certains pays, les organismes publics ne sont pas autorisés à convenir de procédures d'arbitrage, sauf dans certains cas précis (voir par. [...]), alors que dans d'autres, les parties ont toute liberté de choisir entre instances juridictionnelles et procédures arbitrales.

46. Lorsque les parties ont la possibilité de choisir entre une procédure juridictionnelle et un arbitrage, l'autorité contractante peut avoir des raisons de demander que tout différend soit réglé par les tribunaux du pays hôte, car ceux-ci connaissent bien la législation interne, qui comprend souvent des lois portant spécifiquement sur le contrat de PPP. Cette préférence de l'autorité contractante ou d'autres organismes publics peut s'expliquer également par le fait qu'ils connaissent bien à la fois les procédures judiciaires locales et la langue qui y est utilisée. Bien que tous les pays ne disposent pas nécessairement de juges formés ou expérimentés dans les types de litiges techniques qui surviennent dans le cadre des projets de PPP,

¹¹ Le texte de la Loi type sur l'arbitrage, tel qu'il a été initialement adopté en 1985, est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17)*, annexe I (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XVI, 1985, troisième partie, annexe I (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.4)). Le texte des articles révisés de la Loi type sur l'arbitrage, tel qu'adopté en 2006, est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17)*, annexe I. Le texte refondu de la Loi type sur l'arbitrage a également été publié sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.08.V.4). Dans sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985, l'Assemblée générale a recommandé que tous les États prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international. Elle a réitéré cette recommandation dans sa résolution 61/33 du 4 décembre 2006.

certain d'entre eux ont créé des tribunaux spécialisés qui connaissent des demandes relatives à des contrats commerciaux ou publics complexes, et leurs règles de procédure civile ou administrative peuvent permettre aux juges d'obtenir des conseils d'experts si besoin est. Une autre considération peut être que, dans la mesure où des questions d'ordre public et de protection de l'intérêt général interviennent dans les contrats de PPP, les juridictions étatiques sont mieux à même de donner effet à ces accords.

47. Toutefois, les investisseurs potentiels, les bailleurs de fonds et d'autres parties du secteur privé peuvent ne pas partager les vues de l'autorité contractante sur ce point. Ils peuvent en effet considérer que l'arbitrage est préférable aux procédures juridictionnelles dans la mesure où il relève davantage de l'accord des parties, ce qui permet à celles-ci d'adapter la procédure à leurs besoins particuliers. En outre, compte tenu des questions très techniques et complexes que soulèvent les projets d'infrastructure, les parties peuvent avoir intérêt à ce que leurs différends soient réglés par des arbitres choisis en fonction de leurs connaissances et de leur expérience particulières. Les investisseurs privés, en particulier étrangers, peuvent en outre être réticents à porter un différend devant un tribunal du pays hôte appliquant des règles qu'ils connaissent mal. Certains pays ont constaté que le fait d'autoriser les parties à choisir elles-mêmes un mécanisme de règlement des différends leur permettait d'être plus attractifs pour ce qui était d'attirer les investissements étrangers afin de développer leur infrastructure.

48. Les facteurs que les parties prennent généralement en considération pour déterminer si un différend doit être résolu par voie juridictionnelle ou s'il est préférable de prévoir une convention d'arbitrage, à condition que le droit applicable autorise un tel choix, sont, par exemple, la conviction que les tribunaux compétents sont impartiaux et que le différend sera réglé dans des délais raisonnables. Entrent également en ligne de compte l'efficacité du système juridictionnel national et l'existence de voies de recours juridictionnel adaptées aux différends auxquels peut donner lieu le contrat de PPP. Les parties doivent aussi se demander quel organisme de règlement des litiges serait le mieux placé pour traiter des questions techniques dans le domaine où des différends liés au PPP pourraient surgir.

C. Différends entre les promoteurs du projet et entre le partenaire privé et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs

49. Les législations nationales reconnaissent généralement que dans les opérations commerciales, en particulier internationales, les parties sont libres de convenir du for qui statuera, par une décision ayant force obligatoire, sur tout différend pouvant surgir entre elles. En ce qui concerne les opérations internationales, l'arbitrage est devenu la méthode préférée, qu'il soit ou non précédé d'une médiation ou associé à cette dernière. Les contrats passés entre le partenaire privé et les prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs, pour des projets d'infrastructure, sont généralement considérés comme des accords commerciaux. En conséquence, les parties à ces contrats sont habituellement libres de choisir le mode de règlement des différends qu'elles préfèrent, qui inclut dans la plupart des cas l'arbitrage. Les prêteurs, toutefois, quoique favorisant le plus souvent l'arbitrage pour le règlement des différends issus du contrat de PPP (et de plus en plus également des différends entre eux), préfèrent souvent les procédures juridictionnelles pour régler les litiges auxquels les accords de prêts entre eux et le partenaire privé peuvent donner lieu. Lorsque la méthode préférée est l'arbitrage, les parties souhaiteront normalement pouvoir sélectionner le lieu où il se tiendra et déterminer s'il doit être ou non organisé par un organisme spécialisé. Les pays hôtes qui souhaitent créer un climat juridique favorable aux PPP seraient avisés de réexaminer leurs lois en ce qui concerne ces contrats de façon à éliminer toute incertitude quant à la liberté des parties de convenir des modes de règlement des différends.

D. Différends auxquels sont parties des clients ou des usagers de l'infrastructure

50. Selon le type de projet considéré, le partenaire privé peut fournir des biens et des services à diverses personnes et entités, telles que des entreprises étatiques de services publics qui lui achètent de l'électricité ou de l'eau pour la revendre aux utilisateurs finals ; des sociétés commerciales, telles que des compagnies aériennes ou des compagnies maritimes qui passent un contrat pour l'utilisation d'un aéroport ou d'un port ; ou des particuliers s'acquittant d'un droit de péage pour emprunter une voie routière. Les considérations et les politiques concernant le règlement des différends susceptibles de naître de ces relations juridiques peuvent varier en fonction des parties, des conditions dans lesquelles les services sont fournis et du régime réglementaire applicable.

51. Lorsque des particuliers sont les utilisateurs finals du service fourni par le partenaire privé, des règles spéciales en matière de protection des consommateurs peuvent également s'ajouter aux exigences particulières énoncées dans les textes législatifs spécifiques (pour les lois relatives à la protection des consommateurs, voir également le chapitre VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 45 et 46). Ainsi, dans certains pays, les prestataires de services publics sont tenus par la loi de mettre en place des mécanismes spéciaux simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations de leurs clients. Cette réglementation spéciale est habituellement limitée à certains secteurs industriels et s'applique aux achats de biens ou de services par des clients. Elle peut s'appliquer de manière générale aux réclamations déposées par tous les clients du partenaire privé ou être limitée aux particuliers n'agissant pas en tant que commerçants. L'obligation du partenaire privé peut être limitée à la mise en place d'un mécanisme de réception et de traitement des réclamations de particuliers, tel qu'une facilité ou un service spécialement chargé au sein de la société de projet de recevoir et traiter rapidement les réclamations avec, par exemple, mise à la disposition des clients de formulaires types ou de numéros de téléphone gratuits. Si la question n'est pas résolue de manière satisfaisante, le client peut avoir le droit de porter plainte devant un organisme de réglementation, s'il en existe, qui, dans certains pays, peut être habilité à rendre une décision obligatoire. De tels mécanismes sont souvent facultatifs pour le consommateur et ne l'empêchent pas d'entamer une action en justice.

52. Si les clients sont des entreprises de services publics (par exemple, une société de distribution d'électricité) ou des entreprises commerciales (par exemple, une grosse usine achetant de l'électricité directement à un producteur indépendant) qui choisissent librement les services fournis par le partenaire privé et négocient les clauses de leurs contrats, les parties régleront généralement leurs éventuels litiges par les méthodes habituellement prévues dans les contrats commerciaux, y compris l'arbitrage. Il peut donc ne pas être nécessaire de traiter la question du règlement de ces différends dans la législation relative aux PPP. Toutefois, lorsque les clients du partenaire privé sont des entités publiques, leur liberté peut être limitée par les règles du droit administratif régissant le règlement des différends auxquels sont parties des entités publiques. Pour les pays qui souhaitent autoriser le recours à des méthodes extrajuridictionnelles, y compris l'arbitrage, pour le règlement des différends entre le partenaire privé et ceux de ses clients qui sont des entités publiques, il est important d'éliminer les obstacles juridiques éventuels et d'autoriser clairement ces entités à convenir de modes de règlement de leurs différends (voir par. [...]).

V. Règlement des différends

Disposition type 55. Différends entre l'autorité contractante et le partenaire privé

Tout différend entre l'autorité contractante et le partenaire privé est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans le contrat de PPP⁴⁷.

Disposition type 56. Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage

Lorsque le partenaire privé fournit des services au public ou exploite des ouvrages auxquels ce dernier a accès, l'autorité contractante peut exiger du partenaire privé qu'il établisse des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant des clients ou des usagers de l'ouvrage ainsi que d'autres parties touchées par le projet.

Disposition type 57. Autres différends

1. Le partenaire privé et ses actionnaires sont libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler les différends qui peuvent surgir entre eux.
2. Le partenaire privé est libre de convenir des mécanismes appropriés pour régler les différends entre lui-même et ses prêteurs, sous-traitants, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.

⁴⁷ L'État adoptant peut prévoir dans sa législation les mécanismes de règlement des différends qui sont les mieux adaptés aux besoins des partenariats public-privé (PPP).