

FILE COPY



NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE



Distr. GENERALE

A/CN.9/378/Add.5
25 juin 1993

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Vingt-sixième session
Vienne, 5-23 juillet 1993

TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

Note du Secrétariat

Additif

Les problèmes juridiques de la privatisation

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
INTRODUCTION	1 - 2	2
<u>Chapitres</u>		
I. OBSERVATIONS GENERALES	3 - 5	2
II. LE CADRE LEGISLATIF DES PRIVATISATIONS	6 - 10	2
III. LES CONTRATS DE PRIVATISATION	11 - 35	5
IV. LES TRAVAUX MENES PAR D'AUTRES ORGANISATIONS DANS LE DOMAINE DE LA PRIVATISATION	36 - 48	10
CONCLUSION	49 - 51	12

INTRODUCTION

1. A l'occasion du Congrès sur le droit commercial international organisé par la Commission pendant sa vingt-cinquième session en mai 1992, à New York, il a été suggéré d'étudier la possibilité de préparer un guide juridique des contrats de privatisation des entreprises publiques, afin d'aider les Etats à effectuer de telles privatisations et de protéger les intérêts légitimes des investisseurs privés.
2. La présente note est destinée à aider la Commission à décider s'il convient ou non d'entreprendre des travaux dans le domaine des privatisations.

I. OBSERVATIONS GENERALES

3. Le terme "privatisation" est largement utilisé pour désigner le processus par lequel une entreprise publique est transférée, par différents types de contrats, au secteur privé. L'expression "contrat de privatisation" est utilisée dans la présente note pour décrire le contrat matérialisant un tel transfert.
4. Les motifs d'une privatisation peuvent être, par exemple, d'instaurer une économie davantage axée sur le marché, de réduire l'influence de l'Etat sur les entreprises, d'encourager l'apparition d'une classe de dirigeants qui géreront les sociétés selon les règles du secteur privé, d'introduire ou de développer l'actionnariat populaire, d'utiliser plus efficacement les ressources des entreprises, d'obtenir des recettes pour le budget de l'Etat, ou encore de réduire la dette publique.
5. Des privatisations ont été entreprises par de nombreux Etats appartenant à différentes régions géographiques et ayant atteint des stades différents de développement industriel. Depuis quelques années, une privatisation à grande échelle se déroule dans les Etats qui abandonnent le système de propriété socialiste et d'économie planifiée en faveur d'une économie de marché fondée sur un secteur privé plus important.

II. LE CADRE LEGISLATIF DES PRIVATISATIONS

A. Le besoin d'une infrastructure juridique appropriée

6. Un programme de privatisation ne peut réussir s'il n'existe pas des lois et des institutions qui autorisent et protègent la propriété commerciale par des individus ou des entreprises, qui inspirent confiance aux investisseurs nationaux et étrangers potentiels et qui créent un système juridique harmonisé régissant les activités commerciales des entreprises privées. Nombre d'Etats qui appliquent actuellement un programme de privatisation et où la propriété privée des entreprises existe déjà depuis longtemps se sont progressivement dotés de telles lois et institutions, de sorte que le travail législatif nécessaire n'est pas très important. En revanche, dans les Etats où se déroule actuellement un processus de transition entre les formes socialistes de la propriété et la propriété privée, un vaste travail législatif et administratif s'impose pour mettre en place ces lois et institutions.
7. Les lois et institutions nécessaires peuvent concerner différents domaines tels que la propriété et le transfert de biens commerciaux immeubles; les prérogatives de l'Etat en ce qui concerne l'aménagement du territoire; la

protection de l'environnement; le type, la constitution, l'organisation et la responsabilité limitée des sociétés; la restitution des biens nationalisés à leurs anciens propriétaires; les divers types de contrats commerciaux; la propriété intellectuelle; les valeurs mobilières et les marchés boursiers; les services bancaires et financiers; le régime fiscal; la concurrence et les pratiques commerciales restrictives; l'insolvabilité; l'emploi; la comptabilité et les procédures de règlement des litiges.

8. Dans certains des domaines du droit mentionnés ci-dessus, il existe déjà des textes internationaux harmonisés. Dans d'autres, ce sont les législations nationales qui servent de modèle.

B. Les lois de privatisation

9. Dans de nombreux Etats, la mise en oeuvre d'un programme de privatisation s'appuie sur une loi spécifiquement adoptée à cet effet. Le type de questions régies par ces lois diffère très sensiblement d'un Etat à l'autre et dépend de facteurs tels que l'existence de textes législatifs nécessaires à la propriété privée des entreprises et la nécessité d'établir une ou plusieurs institutions publiques chargées d'administrer le programme de privatisation.

10. La liste ci-après, établie à partir d'un nombre limité de lois nationales de privatisation, énumère les questions traitées :

- Les objectifs du programme de privatisation;
- La liste des entreprises à privatiser ou l'autorisation donnée à un organisme de déterminer les entreprises à privatiser;
- Les procédures de décision de privatisation;
- Les méthodes de privatisation (par exemple vente, location à bail, gestion de l'entreprise par un entrepreneur privé, contrat du type "construction-exploitation-tranfert" (CET));
- La responsabilité des organismes publics chargés d'administrer ou de superviser l'exécution du programme de privatisation;
- Les personnes et entités auxquelles les entreprises publiques peuvent être transférées, et l'adoption de dispositions spéciales, par exemple en faveur des employés de l'entreprise, de ses dirigeants et des investisseurs étrangers;
- L'octroi de droits préférentiels aux employés de l'entreprise à privatiser (par exemple, le droit d'acheter un certain nombre d'actions à un prix préférentiel ou bien en plusieurs versements);
- La proportion d'actions pouvant être offertes à des conditions préférentielles à certaines catégories de la population;
- L'obligation pour l'acheteur de connaître le domaine d'activité de l'entreprise à privatiser;
- Les procédures de vente d'actions aux acheteurs privilégiés, par exemple les règles applicables à la distribution et à la vente de coupons donnant droit à l'achat d'actions;

- Les dispositions spéciales pour la privatisation des entreprises de certains secteurs;
- Les modalités de vente de l'entreprise, par exemple par offre publique, vente aux enchères, émission d'actions sur le marché boursier ou encore vente directe;
- Le démantèlement ou la transformation des organismes publics engagés dans des activités commerciales en sociétés commerciales à privatiser, et la répartition de l'actif et du passif entre ces différentes sociétés;
- Les procédures de calcul du prix de vente;
- Les conditions de paiement, y compris la possibilité de paiement échelonné;
- La possibilité de payer les actions au moyen de créances sur l'Etat (conversion de dettes en actifs), et les conditions dont ces créances sont vendues aux acheteurs potentiels des entreprises;
- L'obligation pour l'Etat d'utiliser le produit de la privatisation à des fins précises (par exemple, pour réduire la dette publique);
- L'éventualité que l'Etat reste responsable de certaines obligations contractées par l'entreprise avant la privatisation (par exemple, les obligations consécutives à une atteinte à l'environnement ou à la signature de conventions collectives);
- L'enregistrement des entreprises;
- Les dispositions concernant le statut des entreprises à privatiser;
- Les règles comptables;
- La liquidation des entreprises publiques non viables et la vente ou l'utilisation sous d'autres formes de leurs actifs;
- La protection des investisseurs nationaux et étrangers contre les nationalisations au cas où de telles nationalisations seraient autorisées (par exemple, si un organisme législatif détermine qu'elles sont dans l'intérêt public), et le versement dans un délai raisonnable d'une indemnisation adéquate en cas de nationalisation;
- Le traitement fiscal des parties reprenant les entreprises publiques;
- La possibilité de transférer les revenus, ou le produit de la revente de l'entreprise, à l'étranger;
- Les conditions d'emploi et les droits sociaux des employés;
- la forme et la structure du contrat de privatisation (par exemple, forme écrite, signatures, parties au contrat, nom des intermédiaires éventuels, façon de décrire les actifs à privatiser);
- Les engagements que l'investisseur peut être contraint de prendre dans le contrat de privatisation (par exemple, maintenir un certain niveau et une certaine structure d'emploi; conclure une convention collective

avec les employés; ne pas vendre l'entreprise avant un certain délai; maintenir un programme de production; effectuer certains investissements ou des investissements d'un montant donné; respecter une politique donnée de fixation des prix; prendre des mesures précises de protection de l'environnement; éviter certaines pratiques commerciales restrictives);

- Le droit de l'Etat d'invalider un contrat de privatisation en cas de certaines violations de la loi, ou si certaines dispositions du contrat ne sont pas respectées;
- Les pénalités en cas de non-respect de la loi.

III. LES CONTRATS DE PRIVATISATION

A. Observations générales

11. Privatiser une entreprise revient souvent à la vendre à des investisseurs privés. La section B ci-après décrit certaines clauses spécifiques aux contrats de vente d'une entreprise. Les sections C et D présentent brièvement la location à bail d'une entreprise publique et le transfert de la gestion à un opérateur privé.

12. Les négociations en vue de la conclusion d'un contrat de privatisation sont souvent caractérisées par le fait que l'Etat est guidé non seulement par des considérations purement commerciales, mais également par des objectifs en matière sociale, d'emploi ou d'industrialisation. L'influence de ces objectifs peut le conduire à décider de transférer une entreprise à une partie qui, bien que n'offrant pas les conditions les plus intéressantes sur le plan financier, par exemple, garantit le maintien de l'emploi ou dont les liens oligopolistiques avec d'autres entreprises sont moins importants que ceux d'autres candidats au rachat. Le poids relatif de ces divers objectifs varie d'un cas à l'autre, et il arrive fréquemment que les candidats au rachat ne le connaissent pas à l'avance. Afin d'empêcher l'application abusive de ces considérations non commerciales, certains Etats ont adopté des règles en vertu desquelles la vente d'une entreprise à un coût égal ou inférieur à sa valeur comptable nette doit faire l'objet d'une procédure d'examen et d'approbation.

13. Lors des négociations, les candidats au rachat doivent généralement présenter un plan d'activités décrivant leurs intentions. Ce plan doit normalement être conçu de façon à montrer comment le candidat envisage d'atteindre les objectifs du gouvernement mentionnés au paragraphe précédent. Par exemple, le candidat peut être prié de préciser le niveau des investissements qu'il prévoit de réaliser (en termes, par exemple, d'immobilisations, de fonds de roulement, de techniques et de ressources humaines); le niveau d'emploi prévu au cours des prochaines années, ou encore par quels moyens il envisage de développer l'entreprise, sa production et ses marchés.

14. Afin de faciliter et d'accélérer la négociation, les acheteurs potentiels ont fréquemment accès à certains dossiers de l'entreprise ou à des sources d'information similaires. Cet accès s'accompagne généralement d'un engagement de leur part à garder confidentielles les informations ainsi obtenues.

15. Pour mettre définitivement au point le contrat de privatisation, il faut que le candidat au rachat ait obtenu au cours des négociations des informations concernant les divers éléments qui peuvent grever l'entreprise.

Il peut s'agir, par exemple, d'hypothèques immobilières, de brevets, de licences, d'obligations contractuelles importantes, de dettes ou encore de cessions de créances et de droits. Dans certains cas, en particulier quand l'organisme public qui vend l'entreprise n'a pas eu à exercer de contrôle véritable sur celle-ci, un long travail de vérification des divers dossiers, d'examen des contrats et d'entretiens avec le personnel de direction de l'entreprise peut être nécessaire pour établir la nature des éléments grevant celle-ci.

B. La vente de l'entreprise

a) Clause relative à l'emploi

16. Les contrats de privatisation peuvent spécifier le nombre et la structure des emplois à temps plein que l'acheteur s'engage à maintenir pendant une période donnée. L'inclusion d'une clause de ce type peut être compensée par un prix de vente inférieur au prix initial, tel qu'il avait été fixé à partir de la valeur estimée de l'entreprise.

17. Si le nouveau propriétaire ne respecte pas ses engagements, un prix plus élevé, des dommages-intérêts spécifiés ou une pénalité peuvent être prévus. La formule utilisée peut être établie de telle sorte que la somme à verser à l'ancien propriétaire pour chaque employé licencié en violation du contrat s'approche du coût que représenterait le maintien en activité de l'employé pour l'entreprise. Les vendeurs refusent habituellement d'accepter des formules libellées de façon générale dégageant l'acheteur de ses obligations en cas de "conditions indépendantes de sa volonté". Dans un petit nombre de cas, le vendeur a cependant accepté l'inclusion de clauses plus précises énonçant, pour des indicateurs du marché, à partir de quel seuil les engagements du nouveau propriétaire pouvaient être révisés.

b) Clause relative à l'investissement

18. L'acheteur peut s'engager à investir dans l'entreprise. Il s'agit en général d'un investissement monétaire, dont est précisé le montant ainsi que la durée. Une telle clause prévoit également fréquemment des sanctions en cas de non-respect, qui prennent la forme d'un versement pouvant représenter jusqu'à 50 % environ, et parfois plus, de l'investissement non réalisé.

c) Clause relative à la spéculation

19. Le contrat peut prévoir une réévaluation du prix d'achat, généralement par un expert indépendant, et le versement d'un prix plus élevé si l'entreprise privatisée est revendue avant l'arrivée à terme d'une période donnée (par exemple, entre 5 et 15 ans) sans que les objectifs sociaux inclus dans le contrat n'aient été atteints. Une autre possibilité consiste à faire figurer dans le contrat une clause de "versement complémentaire" en vertu de laquelle l'acheteur est tenu de verser une somme fonction de la différence entre le prix d'achat de l'entreprise et le prix de revente.

d) Clause de poursuite d'activité

20. Certains contrats stipulent que si l'acheteur interrompt la production avant une date convenue, liquide l'entreprise, la laisse faire faillite ou modifie sensiblement le programme de production, il devra payer une somme convenue. En général, cette somme est dégressive sur un certain nombre d'années au bout desquelles la clause ne s'applique plus.

e) Clause de réévaluation des actifs immobiliers

21. Dans certains cas, en particulier quand il est difficile de calculer la valeur des actifs immobiliers ou quand on s'attend à une instabilité particulièrement importante du marché immobilier, le contrat peut comporter une clause en vertu de laquelle l'Etat bénéficiera d'une hausse de la valeur des actifs si cette hausse se produit dans un délai donné. Une telle clause peut ne s'appliquer qu'aux terrains ou bien également à certains des bâtiments. Afin de protéger les intérêts de l'acheteur, elle peut prévoir le plafonnement de la somme à verser à l'Etat, stipuler que seul un pourcentage de la hausse enregistré sera à verser, fixer un seuil à partir duquel la hausse sera prise en compte, préciser la méthode de calcul de la valeur des actifs immobiliers (par exemple, par des experts indépendants), ou prévoir un délai pour tout versement en application de ladite clause.

f) Clause relative au paiement

22. La clause relative au paiement précisera des points tels que le moment auquel le prix devra être payé, les garanties en cas de paiement différé et les taux d'intérêt à appliquer. En général, le vendeur insiste pour que ce soit l'acheteur proprement dit qui paie les sommes convenues et pour ne pas limiter la responsabilité de celui-ci en transférant certaines obligations de paiement à la société nouvellement créée.

23. Certains Etats ont adopté des lois en vertu desquelles les parties à un contrat de privatisation peuvent convenir que l'acheteur paiera dans certaines limites précises une partie du prix en cédant à l'Etat des créances qu'il détient sur celui-ci (système de "conversion de dettes en actifs"). En général, les acheteurs potentiels obtiennent ces créances auprès de créanciers étrangers, pour les utiliser ensuite comme moyens de paiement.

g) Clause de constitution de réserves pour responsabilité potentielle

24. Lors de la vente de l'entreprise, il peut y avoir des doutes quant au fait de savoir si sa responsabilité risque d'être engagée en raison de ses activités passées. Le contrat de privatisation peut alors prévoir la création d'une réserve financière pour couvrir cette responsabilité.

25. Une possibilité, utilisée en particulier si l'éventualité d'une responsabilité semble peu probable, consiste à maintenir le prix de vente initialement calculé, l'Etat s'engageant à assumer la responsabilité dans une certaine limite. Une autre option, qui peut être utilisée si au contraire il est probable que la responsabilité soit engagée, consiste à abaisser le prix initial d'un montant donné : si la responsabilité ne se matérialise pas avant une date donnée, le propriétaire reverse à l'Etat la somme déduite du prix de vente initial. Pour que les sommes mises en réserve ne soient pas utilisées indûment, l'Etat peut se voir reconnaître le droit de participer à toute négociation ou à tout processus de règlement de litige concernant la responsabilité. De plus, afin d'inciter le propriétaire à limiter des paiements effectués par prélèvement sur la réserve, celui-ci peut être autorisé à garder un pourcentage de la réserve non utilisée.

h) Remise en état de l'environnement

26. L'un des éléments que le nouveau propriétaire doit garder présent à l'esprit concerne les dépenses qu'il peut être amené à faire pour mettre l'entreprise en conformité avec les normes antipollution imposées par la loi.

Etant donné que l'origine de ces dépenses est antérieure à la privatisation, le vendeur peut, dans certains cas, être disposé à en assumer une certaine part. Par exemple, les parties peuvent convenir que l'acheteur sera responsable de certains travaux de nettoyage dans les limites d'un montant donné, qu'une deuxième tranche de dépenses sera partagée selon une formule convenue entre le vendeur et l'acheteur, et qu'au-delà les dépenses seront supportées par l'une ou l'autre partie. Différentes formules peuvent être utilisées pour différents problèmes (par exemple, pollution par les hydrocarbures, émission de fumée, présence d'amiante). Le contrat de privatisation peut également prévoir que l'Etat devra approuver les plans et contrats concernant des dépenses auxquelles il devra participer. Toute atteinte à l'environnement postérieure à la privatisation sera normalement de la seule responsabilité de l'entreprise.

i) Garanties données par le vendeur

27. L'hypothèse sur laquelle se fonde le contrat de privatisation est que le vendeur est propriétaire de l'entreprise et que l'entreprise est elle-même propriétaire de ses actifs immobiliers; le contrat de privatisation peut préciser cette hypothèse. S'il est possible que des tiers contestent la propriété, il est alors souhaitable d'en tenir compte dans le contrat. De telles contestations peuvent apparaître, par exemple, si les dossiers de l'entreprise à privatiser sont imprécis ou erronés. Elles peuvent également apparaître en cas d'adoption de lois de dénationalisation, auxquelles il est fait référence dans les paragraphes suivants consacrés aux demandes de restitution.

j) Demandes de restitution

28. Un certain nombre d'Etats en transition entre un système socialiste de propriété et un système de propriété privée ont adopté des lois en vertu desquelles les anciens propriétaires de biens nationalisés ont, sous certaines conditions, le droit de demander la restitution de ces biens.

29. Il arrive parfois que, parallèlement aux négociations du contrat de privatisation, l'Etat parvienne à un accord avec les anciens propriétaires de l'entreprise ou leurs successeurs et leur verse une indemnité prélevée sur le revenu tiré de la privatisation. Si un tel accord est impossible à conclure pendant que se déroulent les négociations, l'Etat peut, par une clause au contrat de privatisation, accepter l'obligation de satisfaire les revendications de l'ancien propriétaire dans un délai donné et convenir de mesures transitoires dans l'intervalle. Ces mesures transitoires peuvent être, par exemple, que l'acheteur potentiel assume la gestion de l'entreprise, que l'Etat garde une partie des responsabilités concernant certains coûts et pertes de l'entreprise et le report de l'obligation pour l'acheteur d'effectuer les investissements convenus jusqu'à ce que le contrat de privatisation prenne pleinement effet. Le contrat prendra pleinement effet quand les revendications de l'ancien propriétaire auront été satisfaites, à moins qu'un accord n'ait pas pu être conclu dans les délais convenus et que l'acheteur potentiel résilie le contrat.

30. Si les revendications de l'ancien propriétaire portent non pas sur l'entreprise proprement dite mais sur un élément de l'entreprise, le contrat de privatisation peut être conclu sous réserve que l'Etat assume l'obligation de satisfaire aux revendications, ou de payer au nouveau propriétaire de l'entreprise la valeur du bien qui doit être rétrocédé. Si une telle rétrocession compromet la viabilité de l'entreprise, il sera peut-être nécessaire d'annuler le contrat de privatisation afin de satisfaire aux revendications présentées.

C. Les contrats de location à bail d'entreprise

31. L'Etat peut décider de donner une entreprise en location à bail à une société du secteur privé, par exemple s'il souhaite en garder la propriété tout en estimant qu'elle fonctionnera ainsi de manière plus efficace; s'il souhaite retirer un revenu annuel de l'entreprise; s'il décide de procéder à une période d'essai de gestion par le secteur privé avant de vendre l'entreprise, ou si aucun acheteur satisfaisant ne s'est fait connaître alors qu'il semble possible de trouver un preneur de contrat de location à bail.

32. On trouvera ci-après certains conseils concernant les contrats de location à bail d'une entreprise :

a) La période de location devrait être suffisamment longue pour que le preneur puisse mener une politique de gestion qui aille dans l'intérêt à long terme de l'entreprise;

b) Le contrat devrait comporter des clauses obligeant le preneur à préserver la valeur des actifs; ces clauses sont nécessaires pour éviter que la recherche d'un bénéfice à court terme ne se fasse au détriment de la valeur et de la viabilité à long terme de l'entreprise;

c) Le montant de la rémunération peut être fixé pour toute la durée de location ou être révisable de façon à permettre au gouvernement de profiter d'une hausse des bénéfices de l'entreprise; la progressivité des paiements ne devrait cependant pas être trop importante afin de ne pas pénaliser le preneur;

d) Il faut que le contrat indique clairement, d'une part, le degré d'autonomie laissé au preneur pour ce qui est de la gestion de l'entreprise et de l'emploi et, d'autre part, les prérogatives de l'Etat dans ces deux domaines;

e) Il est souhaitable que le contrat contienne des clauses empêchant le preneur de gérer les actifs et de manipuler les comptes de l'entreprise de façon à décourager d'éventuels acheteurs potentiels.

D. Contrat de gestion

33. L'Etat peut souhaiter transférer au secteur privé la gestion de l'entreprise, contre rémunération, et garder les autres fonctions allant de pair avec la propriété. Ce peut être le cas, par exemple, si l'entreprise enregistre des pertes en raison d'une mauvaise gestion ou si de nouvelles conditions de gestion devraient permettre d'en améliorer la situation économique et commerciale de façon à pouvoir la vendre ultérieurement à un prix plus élevé.

34. On trouvera ci-après certains conseils concernant les contrats de gestion :

a) Un contrat de gestion devrait établir clairement une distinction entre les services couverts par la rémunération et les services, nécessaires de temps à autre, qui feront l'objet d'une rémunération distincte;

b) La rémunération peut se composer d'une part fixe convenue et d'une part fonction des bénéfices de l'entreprise ou du volume de la production ou des ventes;

c) Le contrat devrait préciser clairement les pouvoirs de la direction pour ce qui est de la fixation du programme de production, du niveau des prix et de la politique de l'emploi;

d) Si la gestion de l'entreprise est confiée à une société qui est également fournisseur de biens ou de services à l'entreprise ou qui lui vend sa propre production, il est souhaitable de convenir de clauses empêchant toute pratique abusive en ce qui concerne la fixation des prix des biens ou des services fournis, et évitant que la viabilité et la rentabilité de l'entreprise ne dépendent de ses rapports avec son fournisseur.

35. Certains des conseils mentionnés ci-dessus concernant les contrats de location à bail s'appliquent également mutatis mutandis, aux contrats de gestion.

IV. LES TRAVAUX MENES PAR D'AUTRES ORGANISATIONS DANS LE DOMAINE DE LA PRIVATISATION

A. Programme des Nations Unies pour le développement

36. En 1991, le Réseau interrégional sur la privatisation, composé d'experts de pays en développement participant personnellement à la privatisation et travaillant sous les auspices de la Division du programme mondial et du programme interrégional du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) a établi des directives concernant la privatisation.

37. Ces directives traitent notamment de la question de savoir : s'il convient ou non de créer un organisme public pour gérer le processus de privatisation et, dans l'affirmative, quels devraient en être les pouvoirs et les responsabilités, et s'il faudrait adopter une loi autorisant la privatisation des entreprises publiques; de la transformation d'entreprises publiques non dotées de la personnalité morale en sociétés par action; des mesures destinées à encourager la concurrence; de la location à bail et de transfert de la gestion à une entreprise du secteur privé; de la privatisation intégrale d'une entreprise ou de la vente d'une partie seulement du capital; de la vente d'une entreprise à ses cadres et employés; la vente d'une entreprise à une coopérative d'investisseurs; de la vente des actifs de l'entreprise plutôt que de l'entreprise elle-même; de l'évaluation de l'actif et du passif d'une entreprise et de l'entreprise dans son ensemble; de la fixation du prix des actifs; des techniques de vente d'actions; des coentreprises; de la nécessité de créer un marché des capitaux; de l'incidence de la privatisation sur les employés; des intérêts réglementaires du gouvernement dans les entreprises privatisées et des moyens permettant à l'Etat de continuer à exercer une influence dans ces entreprises; des considérations concernant la vente d'entreprises à des investisseurs étrangers.

38. Le chapitre 23, intitulé "Assistance technique et coopération", décrit les diverses possibilités qui s'offrent à un gouvernement d'obtenir une assistance technique pour formuler les politiques et les lois nationales relatives à la privatisation ou bien pour privatiser une entreprise donnée.

B. Comité consultatif juridique Afrique-Asie

39. Le secrétariat du Comité consultatif juridique Afrique-Asie a élaboré pour la 32ème session du Comité, tenue en 1993, une étude préliminaire intitulée "Legal issues involved in the matter of privatization of State-owned enterprises" (Questions juridiques liées à la privatisation d'entreprises

publiques) (AALCC/XXXII/KAMPALA/93/13), avec pour objectif final, la réalisation d'un guide des aspects juridiques de la privatisation en Afrique et en Asie, principalement afin d'aider les Etats membres du Comité consultatif à exécuter leur programme de privatisation conformément à leurs intérêts économiques nationaux.

40. L'étude préliminaire examine l'expérience acquise à l'occasion de la privatisation d'entreprises publiques, analyse les motifs de privatisation et compare brièvement différentes méthodes comme par exemple la vente pure et simple de l'entreprise, la vente d'une part minoritaire du capital, le transfert de la gestion à une société privée, les contrats de location à bail, ainsi que les concessions d'exploitation. Elle fait également mention des amendements qu'il pourrait être nécessaire d'apporter aux législations nationales pour exécuter un programme de privatisation.

C. Commission économique pour l'Europe

41. Le Groupe de travail des contrats internationaux en usage dans l'industrie de la Commission économique pour l'Europe a approuvé, en 1990, un guide intitulé "Aspects juridiques de la privatisation dans l'industrie" (ECE/TRADE/180, Organisation des Nations Unies, New York, 1992). Comme il est dit dans l'introduction, l'objet de ce guide est d'aider les pays en transition à mettre en place un cadre juridique approprié pour les privatisations et, à cet effet, il décrit brièvement les principaux problèmes les plus susceptibles d'apparaître lors du processus de privatisation des entreprises; les nouvelles lois et institutions qui seront nécessaires ainsi que les principales méthodes de privatisation pouvant être employées.

42. En ce qui concerne les principaux problèmes de privatisation en Europe orientale, le guide passe en revue la nécessité de créer des institutions administratives chargées de l'exécution du programme de privatisation; la détermination des droits de propriété détenus par l'Etat; la suppression des monopoles des entreprises d'une économie planifiée et leur transformation éventuelle en unités plus petites et plus compétitives; la détermination du prix de vente de l'entreprise; la nécessité de créer un marché financier; le fait de savoir si certaines mesures de restructuration, telles que le remplacement ou la modernisation des machines, le licenciement du personnel en surnombre ou la liquidation des dettes qui pèsent sur la solvabilité de l'entreprise, devraient être adoptées avant la vente; la protection des nouveaux propriétaires, en particulier contre une nationalisation sans dédommagement rapide et approprié.

43. Le guide examine également certains aspects du système juridique qui doivent être adaptés à une économie de marché et qui sont nécessaires pour inspirer confiance aux investisseurs potentiels. Les questions étudiées sont notamment l'institution et la protection des droits de propriété; le transfert des droits de propriété sur les terrains et les entreprises; la propriété des terrains par des investisseurs étrangers; le contrôle de l'Etat sur l'utilisation des terrains; la responsabilité en cas d'atteinte à l'environnement par les entreprises privatisées; la restitution des biens nationalisés à leurs anciens propriétaires; le statut, la création et le fonctionnement d'organisations commerciales (droit des sociétés); le droit des contrats; l'insolvabilité; les valeurs mobilières; la fiscalité; la promotion de la concurrence; l'emploi et les pratiques comptables.

44. Pour ce qui est des principales méthodes de privatisation, la publication mentionne la vente d'entreprises appartenant à l'Etat; la vente ou la location à bail d'actifs détenus par l'Etat et l'octroi au secteur privé de contrats de services précédemment fournis par l'Etat lui-même.

45. Le même Groupe de travail a également préparé un document intitulé "Guide on Selected Legal Issues Related to Privatization and Foreign Direct Investment in the Economies in Transition: A Comparative Analysis" (TRADE/WP.5/R.9/Rev.1, 25 novembre 1992) qui, une fois révisé et complété, devrait paraître sous le titre "Privatization and Foreign Investment in the Countries of Central and Eastern Europe: Legal Aspects".

46. Le Groupe de travail a par ailleurs préparé le synopsis d'une future publication qui sera intitulée "Guide on the Financing of East-West Trade/Privatization in Central and Eastern Europe" (annexe au document TRADE/WP.5/45, 1er décembre 1992). D'après ce synopsis, le guide portera entre autres sur les mesures destinées à améliorer le cadre juridique pour le financement des économies en transition, à savoir, par exemple, l'amélioration du processus législatif, la fixation de priorités en ce qui concerne l'élaboration de la législation (code civil, code commercial, code de procédure); les problèmes d'application et de respect de la nouvelle législation; le droit des biens; le rôle des banques commerciales dans les économies en transition; les problèmes de restitution des biens nationalisés du point de vue du financement; les types de sociétés; les formalités d'enregistrement; les questions en rapport avec le droit du travail; les problèmes de sécurité; les conversions de dettes en actifs; les problèmes de fiscalité; les conditions de location à bail; le franchisage; les problèmes de propriété intellectuelle; les méthodes d'investissement étranger; la situation actuelle en ce qui concerne le marché des capitaux; les fusions et acquisitions; les méthodes de privatisation; les méthodes de financement; le rôle des prêteurs internationaux et nationaux; les transactions du type construction-exploitation-transfert (CET); les problèmes de risques de change et les mécanismes permettant de réduire ces risques; l'emploi de comptes de garantie bloqués extraterritoriaux; le contrôle des changes; le règlement des litiges; les garanties publiques; l'immunité de l'Etat souverain et les autres types d'immunité; la formation et le transfert de savoir-faire financier.

D. Communautés européennes

47. La Commission des Communautés européennes a créé, avec la Communauté d'Etats indépendants, une équipe spéciale pour la réforme du droit afin d'aider les Etats indépendants à rédiger les principales lois régissant une économie de marché, à élaborer des programmes de formation pour le personnel des professions juridiques et à créer ou à renforcer les institutions chargées de l'application de la législation relative à l'économie de marché.

E. Chambre de commerce internationale

48. La Chambre de commerce internationale (CCI) a créé une équipe spéciale sur la privatisation dont le but est, d'après l'Annuaire 1992 de la Chambre de commerce, "d'accumuler des connaissances sur l'expérience acquise par les pays à l'occasion de la privatisation afin d'en faire profiter les membres, notamment les pays en développement et les pays d'Europe centrale et orientale".

CONCLUSION

49. Comme on l'a vu aux paragraphes 6 à 8 ci-dessus, dans certains Etats et en particulier dans les Etats en transition d'un système de propriété socialiste des moyens de production à un système de propriété privée, la mise en oeuvre d'un programme de privatisation implique un important travail législatif dans un certain nombre de domaines du droit national. Si, dans certains cas, ce travail peut s'appuyer sur des traités internationaux et des

lois types, dans d'autres les seuls modèles existants sont les lois adoptées par d'autres pays. Cependant, même quand il existe des textes juridiques internationaux, il arrive fréquemment que ces textes ne soient pas utilisés, et que ce soit des lois d'autres pays qui servent de modèle. Bien que certaines circonstances puissent expliquer ce choix (par exemple, l'existence de liens historiques ou d'échanges importants avec un pays, ou encore la tendance des experts fournissant l'assistance technique à utiliser les lois de leurs pays comme modèle), il serait dans de nombreux cas préférable pour l'Etat concerné d'adopter des textes harmonisés au niveau international. Ces textes tendent à être plus modernes et mieux adaptés aux besoins du commerce international que les législations nationales. Par ailleurs, l'adoption de lois harmonisées de préférence à des lois nationales facilite les échanges avec un plus grand nombre de pays. De plus, en adoptant un texte international, un Etat permet à ses partenaires commerciaux de comprendre plus facilement sa législation, ce qui rend d'autant moins nécessaire l'inclusion de clauses relatives au choix du droit applicable dans les contrats commerciaux et diminue le nombre de cas où les négociants nationaux doivent opérer dans le cadre d'une loi étrangère inconnue. Par conséquent, la Commission pourrait souhaiter demander aux Etats concernés de garder présents à l'esprit les avantages d'une législation harmonisée au niveau international, et demander aux organisations internationales fournissant une assistance technique d'aider les fonctionnaires compétents en matière législative à prendre en toute connaissance de cause leurs décisions quant à l'utilisation de textes juridiques harmonisés.

50. En ce qui concerne les lois de privatisation (voir ci-dessus par. 9 et 10), les besoins des Etats, ainsi que les problèmes à résoudre varient considérablement en fonction de facteurs tels que l'importance du programme de privatisation à exécuter, les politiques sociales et autres sous-tendant le processus de privatisation, ou l'existence de lois favorables à la propriété privée d'entreprises. La Commission pourrait souhaiter considérer que les travaux des organisations mentionnées aux paragraphes 36 à 48 ci-dessus pour diffuser l'expertise acquise aux fins de la préparation de telles lois sont utiles et devraient être encouragés.

51. Pour ce qui est des questions juridiques liées aux contrats de privatisation (par. 11 à 35 ci-dessus), la Commission pourrait souhaiter considérer que le Secrétariat devrait continuer de suivre l'évolution des pratiques en la matière ainsi que la façon dont les organisations actives dans ce domaine abordent les problèmes qui apparaissent. Il ferait rapport à la Commission à une session future, et présenterait des suggestions, au cas où il semblerait que la Commission devrait elle-même entreprendre des travaux dans ces domaines.