



Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE

A/CN.9/458/Add.9

23 avril 1999

FRANÇAIS

Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente-deuxième session
Vienne, 17 mai- 4 juin 1999

PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

Projet de chapitres d'un guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé

Rapport du Secrétaire général

Additif

Chapitre VIII. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Recommandations concernant la législation		3
Notes sur les recommandations concernant la législation	1-82	4
A. Généralités	1-3	4
B. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire	4-64	5
1. Généralités	4-10	5
2. Négociation	11-12	6
3. Conciliation	13-20	7
4. Recours à un expert-arbitre ou à un conseil d'examen des différends ...	21-29	9
5. Arbitrage	30-59	11
6. Procédure judiciaire	60-64	18

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
C. Règlement des différends commerciaux	65-76	19
1. Remarques générales	65-66	19
2. Types particuliers de contrats et de différends	67-76	19
D. Différends entre d'autres parties	77-82	21
1. Différends entre le concessionnaire et ses clients	77-79	21
2. Procédures de règlement des désaccords entre l'organe réglementaire et le concessionnaire	80-82	22

RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire (voir par. 4 à 64)

- 1) Le pays hôte peut souhaiter envisager:
 - a) De réexaminer et, le cas échéant, de supprimer les restrictions légales inutiles à la liberté de l'autorité contractante d'accepter des modes de règlement des différends que les parties jugent adaptés aux besoins du projet;
 - b) De réexaminer sa législation sur la question de l'immunité de l'État souverain et d'indiquer dans quelle mesure l'autorité contractante peut ou ne peut pas invoquer cette immunité, à la fois pour empêcher l'ouverture d'une procédure arbitrale ou judiciaire et comme moyen de défense contre l'exécution de la sentence ou du jugement.

Règlement des différends commerciaux (voir par. 65 à 76)

- 2) Le pays hôte peut souhaiter prévoir une reconnaissance de la liberté du concessionnaire de choisir les mécanismes qu'il juge appropriés pour régler les différends commerciaux entre les promoteurs du projet ou les différends entre lui-même et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres associés.

Différends entre d'autres parties (voir par. 77 à 82)

- 3) Le pays hôte voudra peut-être examiner l'opportunité de prévoir des modes spéciaux simplifiés et efficaces (y compris l'arbitrage et la conciliation) de règlement des différends pouvant surgir entre le concessionnaire et les consommateurs ou les usagers de l'infrastructure.
- 4) Le pays hôte peut souhaiter adopter des dispositions législatives:
 - a) Établissant des procédures transparentes par lesquelles le concessionnaire peut demander un réexamen des décisions réglementaires par un organisme indépendant et impartial;
 - b) Énonçant les motifs sur lesquels peut se fonder une demande de réexamen ainsi que les voies de recours judiciaire.

NOTES SUR LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA LÉGISLATION

A. Généralités

1. Un des facteurs importants pour la réalisation des projets d'infrastructure à financement privé est le cadre juridique qui existe dans le pays hôte pour le règlement des différends. Les investisseurs, les entrepreneurs et les prêteurs seront incités à participer à des projets dans des pays où ils ont la certitude que tous différends naissant de contrats qui font partie du projet seront réglés de manière équitable et efficace. De la même manière, des procédures efficaces permettant d'éviter les litiges ou de les régler rapidement faciliteront l'exercice des fonctions de contrôle de l'autorité contractante et réduiront le coût global du processus réglementaire.

2. Les projets d'infrastructure à financement privé impliquent normalement la création d'un écheveau de relations contractuelles entre les différentes parties. Les solutions législatives prévues pour le règlement des différends auxquels peuvent donner lieu ces projets doivent tenir compte de la diversité des relations, et en particulier du fait qu'il peut être nécessaire, en raison de la multiplicité des contrats et des parties, de prévoir des modes de règlement différents en fonction du type de contrats et des parties concernées. Les considérations législatives sur lesquelles est basée toute réglementation des mécanismes de règlement des différends dépendront des types d'accords et de contrats et des caractéristiques des différends auxquels ils peuvent donner lieu. Ces divers accords et contrats peuvent être classés en trois grandes catégories:

a) *Accords entre la société de projet et l'autorité contractante et d'autres organismes publics.* L'instrument principal d'un projet d'infrastructure est l'accord de projet passé entre le pays hôte et le concessionnaire. Dans beaucoup de pays, cet accord est soumis à un régime juridique que l'on appelle souvent "droit administratif", mais dans d'autres il est en principe régi par le droit des contrats complété par des dispositions spéciales adaptées aux contrats publics pour la prestation de services publics. Ce régime peut avoir des incidences sur le mode de règlement des différends dont les parties à l'accord de projet peuvent convenir;

b) *Contrats et accords commerciaux concernant l'exécution du projet.* Ce sont normalement au minimum les contrats suivants: i) contrats entre les parties détenant des parts de la société de projet (par exemple accords entre les actionnaires, accords concernant la fourniture d'un financement supplémentaire ou arrangements relatifs aux droits de vote; ii) accords de financement et accords connexes intéressant, outre la société de projets, des parties telles que des banques commerciales, des organismes publics de prêt, des organismes internationaux de prêt et des organismes d'assurance-crédit à l'exportation; iii) un ou plusieurs contrats de construction entre la société de projet et un entrepreneur, qui peut être lui-même membre d'un consortium d'entrepreneurs, les fournisseurs de matériel et les prestataires de services; iv) un ou plusieurs contrats entre la société de projet et la partie qui assure l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage; et v) contrats de fourniture des biens et services nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;

c) *Contrats entre la société de projet et la société d'exploitation et de maintenance d'une part et les utilisateurs de l'ouvrage de l'autre.* Ces utilisateurs peuvent comprendre, notamment, une entreprise de services publics appartenant à l'État qui achète l'électricité ou l'eau fournie par la société de projet pour la revendre aux consommateurs finaux, des entreprises commerciales telles que des compagnies aériennes ou des compagnies maritimes passant contrat pour l'utilisation de l'aéroport ou du port maritime, ou des particuliers s'acquittant d'un droit de péage pour l'utilisation d'une route.

3. Les types de contrats mentionnés à l'alinéa b) du paragraphe 2 sont généralement considérés comme des contrats commerciaux auxquels s'appliquent, en ce qui concerne les clauses de règlement des différends, les règles générales relatives aux contrats commerciaux. Il est conseillé aux pays qui souhaitent créer un climat juridique favorable aux projets d'infrastructure à financement privé de revoir leurs lois concernant ces contrats de manière à en éliminer toute incertitude sur la liberté des parties de convenir des modes de règlement des différends qu'elles

souhaitent appliquer (pour un examen plus approfondi voir la section C, par. 65 et 66). Toutefois, dans de nombreux pays, des considérations particulières s'appliquent aux clauses de règlement des différends concernant tout d'abord l'accord de projet entre l'autorité contractante et la société de projet et, par ailleurs, les contrats passés par la société de projet (ou la société d'exploitation ou de maintenance) pour la vente des biens ou des services aux utilisateurs finaux de l'ouvrage, en particulier si les acheteurs sont des entités publiques ou des particuliers consommateurs. Ces considérations sont examinées dans les sections B (par. 4 à 64) et D (par. 77 à 82).

B. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

1. Généralités

4. Les différends nés de l'accord de projet posent fréquemment des problèmes qui se rencontrent rarement dans le cadre d'autres types de contrats. Cela s'explique par la complexité des projets d'infrastructure, la longueur de leur exécution, l'importante composante utilité publique qu'ils comportent et le fait que de nombreuses entreprises peuvent participer aux phases de construction et d'exploitation. En outre, les différends nés des accords de projet peuvent porter sur des questions très techniques liées aux méthodes de construction, à la technologie incorporée dans l'ouvrage et aux conditions d'exploitation. Ces différends doivent être réglés rapidement afin de ne pas interrompre les travaux ou la prestation des services. Les parties devraient tenir compte de ces facteurs lorsqu'elles déterminent les mécanismes de règlement des différends à énoncer dans l'accord de projet.

5. La question qui est le plus souvent source de différends dans le cadre de l'accord de projet est celle de savoir si une partie a manqué à ses obligations contractuelles et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences juridiques de ce manquement. Toutefois, il se pose souvent d'autres questions pour lesquelles il est bon de prévoir un mécanisme de règlement approprié dans l'accord de projet. Ainsi, il peut y être stipulé que ses clauses peuvent être modifiées ou complétées dans certaines circonstances. La question est de savoir si ces circonstances se sont produites et, dans l'affirmative, de quelle manière les clauses contractuelles doivent être modifiées ou complétées (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ____). L'accord de projet peut également stipuler que l'autorité contractante doit consentir à certaines mesures prises par le concessionnaire. Si l'autorité contractante refuse indûment son consentement, la question peut se poser de savoir si un tribunal arbitral ou une juridiction étatique peut substituer son propre consentement à celui de la partie l'ayant refusé. On peut aussi se poser la question de savoir si des mesures provisoires devraient être prises en attendant le règlement définitif du différend.

6. Dans certains systèmes juridiques, les tribunaux étatiques et les arbitres n'ont pas compétence pour modifier ou compléter des clauses contractuelles ou pour substituer leur consentement à celui qui a été indûment refusé par une partie. Dans d'autres systèmes juridiques, les tribunaux étatiques et les arbitres peuvent le faire uniquement s'ils y sont expressément autorisés par les parties. Dans d'autres systèmes encore, les arbitres peuvent le faire mais non les juridictions étatiques. Lorsque la loi applicable au contrat ou à la procédure n'autorise pas les tribunaux étatiques ou les arbitres à modifier les clauses contractuelles, les parties peuvent souhaiter prévoir d'autres moyens de modifier certaines clauses, lorsque cela est possible. Par exemple, elles peuvent prévoir que les prix pratiqués par le concessionnaire seront automatiquement modifiés par l'application d'une clause d'indexation dans certaines circonstances (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ____). Elles peuvent stipuler que d'autres clauses contractuelles pourront être modifiées ou complétées dans le cadre d'une procédure de recours devant une tierce partie telle qu'un expert-arbitre ou un conseil d'examen des différends (voir par. 21 à 29). Lorsque les tribunaux étatiques ou les arbitres ne sont pas habilités à substituer leur consentement à celui qui a été indûment refusé par une partie, l'accord de projet peut prévoir qu'une partie ne peut refuser son consentement que pour des motifs donnés et qu'en l'absence de tels motifs, le consentement est réputé avoir été donné. Les tribunaux étatiques ou les arbitres n'auraient alors qu'à déterminer si ces motifs spécifiés existent.

7. Il est en général souhaitable que les parties tentent tout d'abord de régler leurs différends par la négociation (voir par. 11 et 12). Elles peuvent, si elles le souhaitent, continuer de négocier même après que d'autres moyens de

règlement des différends ont été mis en œuvre. Dans certains cas, lorsqu'elles ont soumis un différend à la conciliation (voir par. 13 à 20) et qu'une procédure arbitrale ou judiciaire est ultérieurement engagée, elles peuvent encore juger utile de poursuivre la conciliation. Par ailleurs, des différends nés de l'accord de projet peuvent ne pas relever de la compétence des tribunaux étatiques ou arbitraux ou ne pas se prêter à un règlement dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire (par exemple, des litiges de nature technique devant être résolus plus rapidement que cela n'est possible par voie arbitrale ou judiciaire).

8. Dans la pratique, on juge utile de régler les différends pouvant naître d'un accord de projet par l'arbitrage, procédure par laquelle les parties soumettent les différends qui peuvent surgir entre elles ou qui ont déjà surgi à une ou plusieurs personnes indépendantes et impartiales (les arbitres) choisies par elles et dont la décision est obligatoire (voir par. 30 à 59). En général, une procédure arbitrale ne peut être entamée que s'il y a accord compromissaire. La sentence arbitrale est généralement exécutoire de la même manière qu'une décision de justice. En l'absence d'accord compromissaire, les différends entre les parties devront être réglés par la voie judiciaire (voir par. 60 à 64).

9. Pour ce qui est du mode ou des modes de règlement des différends à énoncer dans l'accord de projet, les parties devront déterminer avec certitude notamment quels sont les pouvoirs que peuvent exercer les juges, les arbitres, un expert-arbitre ou un conseil d'examen des différends en vertu de la loi applicable aux procédures dont il s'agit. Elles devront également examiner dans quelle mesure la décision d'un expert-arbitre ou d'un conseil d'examen des différends, une sentence arbitrale ou une décision judiciaire sont exécutoires dans leurs pays. Le fait que l'autorité contractante est souvent un organisme public peut également influencer sur le choix du mode de règlement des différends.

10. Les parties à une relation contractuelle complexe et à long terme telle qu'un accord de projet s'accordent parfois sur un ensemble de clauses de règlement des différends destinées à prévenir, dans toute la mesure du possible, la naissance de différends et à favoriser des solutions concertées et des méthodes de règlement efficaces lorsque de tels différends ne peuvent être évités. Les clauses de ce type stipulent normalement une série de mesures successives commençant par une notification rapide à l'autre partie des questions pouvant aboutir à un différend si rien n'est fait pour l'éviter. Lorsqu'un différend naît malgré tout, les parties sont tenues d'échanger des informations et d'examiner le problème afin de trouver une solution. Si elles sont incapables de régler elles-mêmes le différend, l'une ou l'autre peut demander la participation d'un conciliateur indépendant et impartial qui sera chargé de les aider à trouver une solution acceptable. S'il n'est pas fait appel à un conciliateur, l'une ou l'autre des parties peut alors demander l'aide d'un groupe qu'elles avaient préalablement décidé de charger du règlement des différends. Dans ce cas, elles peuvent convenir que c'est au président du groupe qu'il sera d'abord fait appel; si le différend ne peut être résolu par ce dernier, l'une ou l'autre des parties peut le soumettre à l'ensemble du groupe ou le groupe lui-même peut décider de l'examiner. Ce n'est qu'en cas d'échec de toutes ces mesures que l'une ou l'autre des parties peut engager une procédure d'arbitrage ou une procédure judiciaire, comme le prévoit la clause de règlement des différends.

2. Négociation

11. Le mode le plus satisfaisant de règlement des différends est généralement la négociation entre les parties. Un règlement amiable obtenu par négociation peut éviter toute rupture des relations commerciales entre l'autorité contractante et le concessionnaire. En outre, les parties économiseront ainsi les dépenses et le temps considérables qu'exige le règlement des différends par d'autres moyens.

12. Même si les parties souhaitent s'efforcer de régler leur différend par la négociation avant de recourir à d'autres moyens, il n'est peut-être pas souhaitable que l'accord de projet interdise à une partie d'entamer une autre procédure de règlement avant l'expiration du délai imparti pour la négociation. En outre, si l'accord de projet prévoit qu'aucune autre procédure de règlement des différends ne peut être engagée durant la négociation, il est souhaitable d'autoriser une partie à engager une autre procédure même avant l'expiration de ce délai dans certains cas, par exemple

lorsqu'une partie déclare pendant les négociations qu'elle n'est pas disposée à poursuivre ces dernières, ou lorsqu'il est nécessaire d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire avant la fin de la négociation pour empêcher la perte ou la prescription d'un droit. Il est souhaitable que l'accord de projet stipule que le règlement obtenu par voie de négociation doit être consigné par écrit.

3. Conciliation

13. Si les parties ne parviennent pas à régler un litige par la négociation, mais souhaitent néanmoins éviter d'engager une procédure arbitrale ou judiciaire, elles peuvent s'adresser à un tiers qui les aidera à parvenir à un règlement, souvent en leur proposant des solutions pour examen. Une telle procédure non contradictoire est souvent désignée par des termes tels que "conciliation" ou "médiation". La conciliation diffère de la négociation en ce que la première est menée par un tiers indépendant et impartial, alors qu'aucun tiers de ce genre n'intervient dans la seconde. La différence entre la conciliation et la procédure arbitrale ou judiciaire réside dans le fait que la conciliation est une démarche volontaire, puisque les deux parties n'y participent que si, et dans la mesure où, elles en décident ainsi. Il peut toutefois arriver que les parties se soient engagées par convention à rechercher un règlement dans un délai donné après l'ouverture d'une procédure de conciliation ou jusqu'à la survenue d'un fait tel qu'une déclaration écrite indiquant le refus d'un règlement et notifiant la fin de la conciliation. Une autre différence réside dans le fait qu'une conciliation aboutit à un règlement du différend ou échoue, alors qu'une procédure arbitrale ou judiciaire donne lieu, en l'absence de règlement, à une décision obligatoire pour les parties. La conciliation est une méthode de plus en plus employée dans diverses parties du monde. Dans de nombreux pays, un certain nombre d'organismes publics et privés offrent désormais des services de conciliation aux parties intéressées.

14. La conciliation n'étant pas une procédure contradictoire et favorisant un climat cordial, elle permet, mieux qu'une procédure arbitrale ou judiciaire, de préserver ou restaurer de bonnes relations commerciales entre les parties à un différend. Elle peut même améliorer une relation commerciale puisque les négociations qui en font partie, l'établissement conjoint des faits et l'accord auquel elle aboutit peuvent dépasser les strictes limites du différend qui en est à l'origine et permettre de mieux adapter la relation contractuelle à la réalité commerciale. Du fait que la conciliation permet d'échapper à certaines formalités obligatoires dans les procédures arbitrales et judiciaires, elle sera probablement plus rapide et moins coûteuse qu'une procédure arbitrale ou judiciaire.

15. Si les parties prévoient la conciliation dans leur contrat, elles devront régler un certain nombre de questions de procédure afin d'accroître les chances de règlement et d'éviter certains des inconvénients potentiels de la conciliation mentionnée ci-après. Il est beaucoup plus facile de régler ces questions en incorporant par référence dans le contrat un règlement de conciliation tel que le Règlement de conciliation de la CNUDCI¹. Certains pays ont adopté une législation destinée à faciliter le recours à la conciliation dans les différends commerciaux.

16. La conciliation peut présenter un inconvénient dans la mesure où, si elle échoue totalement, l'argent et le temps qui y ont été consacrés seront perdus. L'accord de projet peut pallier cet inconvénient en ne contraignant pas les parties à tenter une conciliation avant d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire, mais en permettant simplement à une partie d'engager une procédure de conciliation. Une conciliation aurait alors lieu lorsqu'existe une véritable chance de parvenir à un règlement amiable.

17. Un autre problème peut provenir du fait que dans une procédure de conciliation les parties formulent généralement des suggestions et des avis concernant des propositions de règlement, admettent des faits ou indiquent leur volonté de régler le différend. Si, malgré ces efforts, la conciliation échoue et que les parties entament une procédure judiciaire ou arbitrale, ces vues, suggestions, admissions de faits ou indications de la volonté de régler le litige peuvent être utilisées contre la partie dont elles émanent. Une telle éventualité peut décourager les parties de s'employer à régler un différend pendant la procédure de conciliation, ce qui réduirait l'utilité de cette dernière. Pour traiter ce problème, certaines règles (par exemple l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI) contiennent une disposition selon laquelle les parties s'engagent à ne pas invoquer ni proposer comme élément de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire ultérieure: i) les vues exprimées ou les suggestions faites par l'autre partie à l'égard d'une solution éventuelle du litige; ii) les faits admis par l'autre partie au cours de la procédure de conciliation; iii) les propositions présentées par le conciliateur; iv) le fait que l'autre partie a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur. Pour encourager la conciliation comme mode de règlement des différends et pour veiller à ce que les difficultés susmentionnées n'apparaissent pas, certains États ont adopté des dispositions législatives restreignant la présentation de certains éléments de preuve relatifs à la procédure de conciliation dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure.

18. Une partie peut être réticente à s'efforcer de régler un différend pendant la procédure de conciliation si elle doit tenir compte du fait qu'en cas d'échec de cette procédure le conciliateur peut être nommé conseil de l'autre partie ou arbitre. La connaissance par le conciliateur de certaines informations données pendant la conciliation (propositions de règlement et admission de faits par exemple) peut porter préjudice à la partie dont émanent ces informations. C'est la raison pour laquelle certains règlements types (par exemple l'article 19 du Règlement de conciliation de la CNUDCI) contiennent des dispositions indiquant que les parties et le conciliateur s'engagent à ce que le conciliateur ne remplisse pas les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation; en outre, les parties s'engagent à ne pas citer le conciliateur comme témoin dans une telle procédure. Certaines juridictions ont, en vue de promouvoir et de faciliter la conciliation, adopté des dispositions législatives limitant la possibilité pour un conciliateur de remplir les fonctions de conseil, d'arbitre ou de témoin dans un litige ultérieur connexe.

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session, *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, II, 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 comporte une clause de conciliation type libellée 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 dans la conciliation, celle-ci se fera conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI actuellement en vigueur". L'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980, a recommandé l'utilisation du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

19. Cependant, les parties peuvent considérer comme un avantage le fait que l'arbitre possède déjà des informations, en particulier parce que ces informations lui permettront de se montrer plus efficace. Les parties peuvent alors préférer que le conciliateur soit nommé comme arbitre dans la procédure arbitrale subséquente. Pour parer à toute objection fondée sur des assertions de préjudice dans de tels cas de figure, certaines juridictions ont adopté des lois autorisant expressément un conciliateur, sous réserve de l'accord des parties, à remplir la fonction d'arbitre.

20. La conciliation présente un autre inconvénient potentiel: une des parties peut ne pas respecter l'accord de transaction conclu dans la procédure de conciliation. C'est pourquoi cette dernière offrirait un plus grand intérêt si cet accord pouvait être exécuté de la même manière qu'une sentence arbitrale, de façon à ce qu'une partie au règlement ne soit pas contrainte d'engager une procédure arbitrale ou judiciaire contradictoire pour le faire exécuter. À cette fin, les parties peuvent nommer le conciliateur comme arbitre et limiter la procédure arbitrale à l'enregistrement de l'accord de transaction sous forme d'une sentence arbitrale d'accord partie (comme prévu, par exemple, à l'article 34-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). Un problème peut toutefois se poser dans les systèmes juridiques où, une fois un accord de transaction conclu et le différend ainsi éliminé, il est impossible d'entamer une procédure arbitrale. Pour régler ce problème, certaines juridictions ont adopté des lois qui donnent force exécutoire aux accords de transaction conclus pendant la conciliation. Une des solutions possibles est de prévoir dans la loi que l'accord de transaction écrit doit, aux fins de son exécution, être traité comme une sentence arbitrale et peut être exécuté en tant que tel. La loi peut aussi autoriser expressément les parties à l'accord de transaction, en dépit de la disparition du litige, à engager une procédure d'arbitrage et obtenir de l'arbitre, qui peut être l'ancien conciliateur, une sentence d'accord partie.

4. Recours à un expert-arbitre ou à un conseil d'examen des différends

21. Les parties peuvent souhaiter envisager de faire régler certains types de différends par un tiers (appelé dans le *Guide* "expert-arbitre") ou par un conseil d'experts nommé par elles. Ces conseils d'experts sont souvent désignés par différents termes. Une procédure faisant appel à un expert-arbitre ou à un conseil d'examen des différends peut être assez informelle et rapide et adaptée aux caractéristiques du différend à régler. Les parties peuvent être libres d'accepter ou de rejeter les propositions de l'expert-arbitre ou du conseil d'examen des différends et d'entamer une procédure judiciaire ou arbitrale à tout moment, en particulier si elle est nécessaire pour empêcher la perte ou la prescription d'un droit. La nomination d'un expert-arbitre ou d'un conseil d'examen des différends peut empêcher que des malentendus ou des divergences entre les parties ne se transforment en véritables litiges exigeant le recours à une procédure arbitrale ou judiciaire.

22. Lorsque de telles méthodes sont utilisées en cas de litige que les parties ont été incapables de régler par un échange de vues, l'une ou l'autre des parties peut soumettre le litige à l'expert-arbitre ou au conseil d'examen des différends pour recommandation ou décision. L'expert-arbitre ou le conseil procède alors à une évaluation informelle, qui prend normalement la forme d'une discussion avec les parties pendant une visite normale sur place. L'expert-arbitre ou le conseil dirige la discussion mais chacune des parties a tout loisir d'exposer ses vues et l'expert-arbitre ou le conseil est libre de poser des questions et de demander des documents ainsi que d'autres éléments de preuve. Le conseil se réunit ensuite en privé et s'efforce de formuler une recommandation ou une décision unanime. Normalement, conformément aux dispositions du contrat portant création du mécanisme d'expert-arbitre ou de conseil d'examen des différends, la décision de l'expert-arbitre ou du conseil n'est pas automatiquement obligatoire pour les parties, mais ces dispositions peuvent stipuler que la décision devient obligatoire sauf si l'une des parties ou les deux soumettent le différend à l'arbitrage ou engagent une procédure judiciaire.

23. Quelques organisations internationales et associations professionnelles ont élaboré des règles régissant le recours à un expert-arbitre ou à un conseil d'examen des différends pour le règlement des différends, mais ces règles traitent en général uniquement de certains aspects de la question. De nombreux systèmes juridiques ne réglementent

pas les procédures faisant intervenir un expert-arbitre; d'autres le font, mais de façon très limitée. Il convient aussi de noter que la loi applicable à ces procédures peut ne prévoir que des garanties juridiques limitées quant à l'impartialité et à la régularité de la procédure. En outre, dans de nombreux systèmes juridiques, la décision de l'expert-arbitre ou du conseil d'examen des différends, bien qu'étant obligatoire en tant que contrat, ne constitue pas un titre exécutoire puisqu'elle n'a pas le statut d'une sentence arbitrale ou d'une décision judiciaire. C'est pourquoi, si les parties envisagent de recourir à de telles procédures, elles doivent en régler divers aspects dans l'accord de projet. Les principales questions à traiter sont examinées ci-après.

24. La composition du conseil d'examen des différends peut varier aux différents stades du projet. Chacun de ses membres devrait avoir l'expérience du type de projet visé, ainsi que de l'interprétation des contrats et de l'administration des projets d'infrastructure et devrait s'engager à demeurer impartial et indépendant par rapport aux parties. Pendant la phase de construction, par exemple, ces personnes peuvent être saisies de rapports périodiques sur les progrès des travaux et être immédiatement informées des divergences apparaissant entre les parties à propos des questions liées à la construction. Elles peuvent rencontrer les parties sur le chantier, soit à intervalles réguliers, soit uniquement en cas de besoin, pour examiner les divergences et proposer des solutions possibles.

25. Il serait souhaitable que l'accord de projet délimite aussi précisément que possible les pouvoirs conférés à l'expert-arbitre ou au conseil. Il peut spécifier les fonctions de ces derniers ainsi que le type de questions dont ils peuvent traiter. Il est souhaitable de limiter les pouvoirs de l'expert-arbitre ou du conseil aux questions de nature essentiellement technique. On peut exprimer une telle restriction dans le contrat, par exemple en y incluant une liste de questions techniques que l'expert-arbitre ou le conseil sont autorisés à traiter.

26. En ce qui concerne la nature de leurs fonctions, l'accord de projet peut autoriser l'expert-arbitre ou le conseil d'examen des litiges à présenter des conclusions sur les faits et à ordonner des mesures provisoires. L'accord de projet pourrait également les autoriser à modifier ou compléter les clauses qu'il comporte lorsqu'ils y sont habilités en vertu de la loi applicable à cet accord (voir par. 6). Les parties peuvent souhaiter déterminer si l'expert-arbitre ou le conseil d'examen des différends doivent être autorisés à statuer sur le fond pour certains types de différends (ceux qui portent, par exemple, sur la question de savoir si les essais d'achèvement ou les essais de bonne exécution ont été concluants, ou sur les motifs donnés par le concessionnaire pour s'opposer à une modification ordonnée par l'autorité contractante), ou si le règlement de ces différends doit être laissé aux arbitres ou aux tribunaux.

27. Les parties peuvent souhaiter, dans la mesure où la loi applicable aux procédures visées les y autorise, traiter dans l'accord de projet les liens entre la procédure devant un expert-arbitre ou un conseil d'examen des différends et la procédure arbitrale ou judiciaire. Ainsi, l'accord de projet peut prévoir que les différends du domaine de compétence de l'expert-arbitre ou du conseil d'examen des différends doivent d'abord leur être soumis pour règlement et qu'une procédure arbitrale ou judiciaire ne peut être engagée avant l'expiration d'un délai donné après la soumission du différend à l'expert-arbitre ou au conseil. L'accord de projet devrait en outre préciser si la recommandation ou la décision du conseil est admissible comme preuve dans toute procédure arbitrale ou judiciaire ultérieure.

28. La loi qui régit les procédures arbitrales ou judiciaires peut déterminer dans quelle mesure les parties peuvent autoriser les arbitres ou un tribunal étatique à réviser une décision d'un expert-arbitre ou d'un conseil d'examen des différends. L'avantage de l'exclusion d'une telle révision est que la décision de l'expert-arbitre ou du conseil est immédiatement définitive et impérative. En revanche, si on l'autorise, les parties seront plus sûres de la régularité de la décision. Il est possible de combiner dans une certaine mesure les avantages de ces deux approches en stipulant que la décision de l'expert-arbitre ou du conseil est obligatoire pour les parties, à moins que l'une d'entre elles entame une procédure arbitrale ou judiciaire dans un bref délai précisé après le prononcé de la décision. Si elles sont autorisées à le faire, les parties pourraient préciser que les conclusions sur les faits présentées par un expert-arbitre ou un conseil d'examen des différends ne peuvent être dénoncées dans une procédure arbitrale ou judiciaire. L'accord de projet pourrait aussi faire obligation aux parties d'exécuter une décision de l'expert-arbitre concernant des

mesures provisoires, 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.

29. Les procédures devant des experts-arbitres ou des conseils d'examen des différends sont utilisées en association avec les procédures contradictoires de règlement des différends telles que l'arbitrage. Ces procédures sont de plus en plus courantes dans les pays où les organismes publics sont tenus par la loi de porter leurs litiges contractuels devant les tribunaux. Au début, les clauses sur les experts-arbitres ou les conseils d'examen des différends n'indiquaient pas que les recommandations de ces derniers étaient impératives. Dans la pratique, toutefois, l'effet persuasif de recommandations formulées à l'unanimité par des experts indépendants acceptés par les parties a conduit les autorités contractantes et les sociétés de projet à accepter volontairement ces recommandations plutôt qu'à recourir aux tribunaux. Les parties cherchent non seulement à éviter des procédures potentiellement très longues mais prennent également en considération la difficulté que peut représenter la remise en cause d'une recommandation dont la force est d'autant plus grande pour les tribunaux étatiques ou arbitraux qu'elle a été formulée par des experts indépendants connaissant bien le projet dès le départ et qu'elle est fondée sur une observation dudit projet avant la naissance du litige et au moment de ce dernier.

5. Arbitrage

a) *Faut-il conclure une convention d'arbitrage?*

30. Le recours fréquent à l'arbitrage pour régler des différends nés de projets d'infrastructure à financement privé tient à divers facteurs. La procédure arbitrale peut être structurée par les parties de manière à être moins formelle qu'une procédure judiciaire et mieux adaptée aux besoins des parties et aux particularités des différends susceptibles de naître de l'accord de projet. Les parties peuvent choisir pour arbitres des personnes qui ont une connaissance approfondie du type de projet visé. Elles peuvent choisir le lieu où se déroulera la procédure d'arbitrage, de même que la langue ou les langues qui y seront utilisées. Lorsque les parties conviennent de recourir à l'arbitrage, aucune d'entre elles n'est tenue de se soumettre aux tribunaux du pays de l'autre partie, sauf dans la mesure où les tribunaux du lieu de l'arbitrage peuvent être appelés à intervenir dans la procédure d'arbitrage. La procédure d'arbitrage portera sans doute moins atteinte aux relations commerciales entre les parties qu'une procédure judiciaire. La procédure et la sentence arbitrales peuvent demeurer confidentielles, ce qui n'est généralement pas possible pour la procédure et les décisions judiciaires. L'arbitrage tend à être plus rapide et, étant donné sa finalité, moins onéreux qu'une procédure judiciaire. Certains systèmes juridiques prévoient une procédure judiciaire sommaire pour certains types de différends (en général ceux qui portent sur des sommes relativement faibles) mais nombre des différends auxquels peut donner lieu un projet d'infrastructure à financement privé ne s'y prêteront pas. Enfin, étant donné l'existence de conventions internationales qui facilitent la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ces dernières sont fréquemment reconnues et exécutées plus aisément que des décisions judiciaires étrangères (voir également par. 56 à 59).

31. En revanche, une sentence arbitrale peut-être annulée dans une procédure judiciaire. L'ouverture d'une telle procédure retardera le règlement définitif du litige. Toutefois, dans la plupart des systèmes juridiques, une sentence arbitrale peut être annulée uniquement pour un nombre limité de motifs, par exemple si les arbitres n'étaient pas habilités à connaître du litige, si une partie n'a pas pu faire valoir ses moyens de défense dans la procédure arbitrale, si les règles applicables à la nomination des arbitres ou à la procédure arbitrale n'ont pas été respectées ou si la sentence est contraire à l'ordre public.

b) *Dans quelle mesure les parties peuvent-elles conclure une convention d'arbitrage?*

32. La liberté de se soumettre à l'arbitrage peut se trouver limitée par deux éléments, à savoir la nature de l'objet du litige soumis à l'arbitrage et le caractère public d'une des parties à la convention d'arbitrage. Dans de nombreux systèmes juridiques, la tradition veut que l'État et ses organismes ne puissent se soumettre à l'arbitrage, mais

souvent l'interdit 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.

33. Comme on l'a déjà vu (voir chapitre premier, "Considérations générales sur la législation", ____), dans certains systèmes juridiques appartenant à la tradition du droit romain, la fourniture de services publics est régie par un ensemble de lois appelé "droit administratif" qui vise un grand nombre de fonctions de l'État. Dans beaucoup de ces pays, il existe des dispositions spéciales pour le règlement des différends naissant de contrats publics; en particulier, il peut être interdit aux organismes publics de soumettre leurs litiges à l'arbitrage en excluant la procédure judiciaire. De telles restrictions peuvent s'étendre à des degrés divers à différentes entités publiques relevant du législatif, de l'administration et de l'exécutif. Toutefois, il peut y avoir des différences entre un contrat conclu par un service public et un contrat conclu par une société d'État. Il faut également tenir compte de la division constitutionnelle des pouvoirs dans le pays hôte. Dans certains pays, des questions relèvent exclusivement de la compétence d'une division politique subsidiaire (c'est-à-dire un État ou une province), alors que deux divisions politiques ou plus peuvent avoir compétence pour d'autres questions. Par ailleurs, il peut être impossible à l'une de ces divisions d'empêcher l'application de lois qui régissent des questions relevant de la compétence d'une autre division.

34. Les restrictions à la liberté de se soumettre à l'arbitrage peuvent aussi être liées à la nature juridique de l'accord de projet. Dans les systèmes issus du droit romain qui ont une catégorie spéciale de droit administratif, il peut exister des dispositions qui font des accords de projets des contrats administratifs, qui relèvent donc du droit administratif du pays hôte. Dans d'autres systèmes juridiques, des interdictions analogues peuvent être expressément énoncées dans la législation ou dans des précédents judiciaires directement applicables aux accords de projet. Mais, même s'il n'existe aucune interdiction déclarée, des pratiques contractuelles bien établies dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, généralement fondées sur des règles ou règlements législatifs, peuvent aboutir au même résultat. La loi peut, par exemple, stipuler que les contrats publics doivent suivre certaines formules types pouvant contenir des clauses types, dont une clause sur le règlement des différends qui précise la compétence des juridictions étatiques du pays hôte. Par conséquent, quel que soit le type de régime juridique considéré, il est important de déterminer si un accord de projet sera considéré comme un contrat public soumis à certaines règles, comme un contrat commercial privé soumis aux mêmes règles que tout autre contrat de ce type, ou s'il existe des règles particulières qui s'appliquent aux accords de projet en général (voir aussi le chapitre IV, "L'accord de projet", ____).

35. Il est important que les pays qui souhaitent autoriser le recours à l'arbitrage pour le règlement des différends auxquels peuvent donner lieu les projets d'infrastructure à financement privé éliminent les obstacles juridiques éventuels et autorisent clairement les autorités contractantes locales à se soumettre à l'arbitrage. L'absence de dispositions législatives claires en la matière peut susciter des doutes quant à la validité de la convention d'arbitrage et retarder le règlement des différends éventuels. C'est le tribunal arbitral qui sera le premier saisi des allégations de nullité d'une convention d'arbitrage et c'est lui qui devra décider de leur bien-fondé. S'il estime que la convention d'arbitrage a été valablement conclue malgré tout moyen de défense subséquent tendant à démontrer que l'autorité contractante n'était pas autorisée à la conclure, la question peut se poser à nouveau au stade de la reconnaissance et de l'exécution devant un tribunal judiciaire du pays hôte ou d'un pays tiers où la sentence doit être reconnue ou exécutée.

36. Pour ce qui est, en particulier, des projets d'infrastructure auxquels participent des investisseurs étrangers, il convient de noter qu'un cadre pour le règlement des différends entre l'autorité contractante et les sociétés étrangères membres d'un consortium de projet peut être prévu dans un traité d'investissement bilatéral ou par adhésion à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 1965). Cette convention, à laquelle ont adhéré 139 États, a porté création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), qui offre des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des États contractants à des ressortissants d'autres

États contractants. Le recours à ces services est volontaire. Cependant, une fois que les parties à un contrat ou à un différend ont accepté de se soumettre à l'arbitrage dans le cadre de la Convention, aucune d'entre elles ne peut unilatéralement revenir sur son consentement. Tous les membres du CIRDI, qu'ils soient ou non parties au différend, sont tenus par la Convention de reconnaître et d'exécuter ses sentences arbitrales. Le CIRDI est une organisation internationale autonome ayant des liens étroits avec la Banque mondiale.

c) *Dispositions de la convention d'arbitrage*

i) *Champ d'application de la convention d'arbitrage et mandat du tribunal arbitral*

37. En général, une procédure arbitrale ne peut être organisée que sur la base d'un accord entre les parties. Cet accord peut prendre la forme d'une clause compromissoire incluse dans l'accord de projet, ou faire l'objet d'une convention d'arbitrage séparée, conclue par les parties avant ou après l'apparition du différend. Comme il peut être difficile de conclure une convention d'arbitrage après qu'un différend est apparu, il est souhaitable soit d'inclure une clause compromissoire dans l'accord de projet, soit de conclure une convention d'arbitrage séparée au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, une convention d'arbitrage n'est valable, sur le plan de la procédure comme du fond, que si elle est conclue après l'apparition d'un différend.

38. Il serait souhaitable que l'accord de projet indique le type de différends qui doivent être réglés par arbitrage. Par exemple, la clause compromissoire peut stipuler que tous les différends découlant de l'accord de projet ou qui y sont liés ou découlant de la violation, la résiliation ou la nullité de l'accord de projet, ou liés à cette violation, résiliation ou nullité, doivent être réglés par arbitrage. Dans certains cas, les parties peuvent souhaiter exclure de ce vaste champ de compétence certains différends qu'elles ne veulent pas soumettre à l'arbitrage.

39. Les parties peuvent souhaiter, si la loi applicable aux procédures arbitrales le leur permet, autoriser le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires en attendant le règlement définitif d'un différend. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux arbitraux ne sont pas habilités à ordonner des mesures provisoires même s'ils y sont autorisés par les parties. Dans d'autres systèmes juridiques, où le tribunal arbitral peut ordonner de telles mesures, il arrive très souvent que celles-ci ne puissent pas être exécutées, même si des mesures non exécutoires ne sont pas dénuées de valeur pratique. En pareil cas, les parties peuvent avoir davantage intérêt à s'adresser à une juridiction étatique pour l'imposition de mesures provisoires. Dans de nombreux systèmes juridiques, un tribunal étatique peut les ordonner, même si le différend doit être soumis ou a déjà été soumis à l'arbitrage.

40. Il est souhaitable que la convention d'arbitrage fasse obligation aux parties d'exécuter les décisions arbitrales, y compris les décisions ordonnant des mesures provisoires. L'avantage d'une telle obligation réside dans le fait que, dans certains systèmes juridiques, lorsqu'une sentence arbitrale n'est pas exécutoire dans le pays d'une partie, la non-exécution de la sentence par la partie malgré l'obligation qui lui en est faite dans le contrat peut être considérée, dans le cadre d'une procédure judiciaire, comme un manquement à une obligation contractuelle.

41. Si une procédure judiciaire est engagée pour un différend visé par une convention d'arbitrage reconnue valide, le tribunal renverra normalement le différend à l'arbitrage, si une demande à cette fin lui a été présentée en temps voulu. Il peut toutefois conserver le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et sera normalement habilité à contrôler certains aspects de la procédure arbitrale (il pourra, par exemple, prendre une décision en cas de récusation des arbitres) et à annuler les sentences arbitrales pour certains motifs (voir par. 56 à 59).

ii) *Types d'arbitrage et règles procédurales appropriées*

42. Les parties peuvent choisir le type d'arbitrage qui correspond le mieux à leurs besoins. Il est souhaitable qu'elles conviennent de règles appropriées qui régiront la procédure arbitrale. Il existe un large éventail de modes d'arbitrage prévoyant une intervention plus ou moins active d'organismes permanents (par exemple, une institution

d'arbitrage, une association professionnelle ou commerciale ou une chambre de commerce) ou de tiers (par exemple, le président d'un tribunal arbitral ou d'une chambre de commerce). On trouve à une extrémité l'arbitrage purement ad hoc, qui ne fait supposer en aucune manière l'intervention d'un organisme permanent ou d'un tiers. Concrètement, cela veut dire qu'aucune aide extérieure n'est apportée (sauf, peut-être, celle d'un tribunal national) si, par exemple, les parties rencontrent des difficultés pour nommer ou récuser un arbitre. En outre, ce sont les parties ou les arbitres eux-mêmes qui doivent effectuer toutes les démarches administratives nécessaires. À l'autre extrémité, on trouve les arbitrages entièrement administrés et supervisés par un organisme permanent, qui peut revoir le mandat des arbitres et le projet de sentence et modifier la forme de la sentence ou formuler des recommandations à ce sujet.

43. Il existe, entre ces deux types d'arbitrage, une variété considérable de systèmes qui tous font appel à une autorité de nomination (ou qui comportent tout au moins un mécanisme de nomination d'une autorité de nomination, comme il est prévu dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). Ces systèmes divergent quant aux services administratifs fournis. L'autorité de nomination a pour fonction essentielle, mais pas nécessairement exclusive, de constituer ou d'aider à constituer le tribunal arbitral (par exemple, en nommant les arbitres, en prenant une décision en cas de récusation ou en remplaçant un arbitre). Les services administratifs ou logistiques, qui peuvent être fournis en bloc ou séparément sont notamment les suivants: transmettre les communications écrites d'une partie ou des arbitres; aider le tribunal arbitral à organiser les audiences et d'autres réunions (y compris aviser les participants; fournir directement ou indirectement des salles de réunion pour les audiences ou les délibérations du tribunal arbitral; organiser l'établissement du procès-verbal des audiences et l'interprétation pendant les audiences et, éventuellement, la traduction de pièces); aider au classement ou à l'enregistrement de la sentence arbitrale, le cas échéant; détenir les consignations et gérer les comptes relatifs aux frais et honoraires; et assurer des tâches administratives (secrétariat, etc.).

44. À moins que les parties ne choisissent un arbitrage purement ad hoc, elles souhaiteront peut-être convenir de l'organisme ou de la personne qui remplira les fonctions requises. Pour ce faire, il serait bon de tenir compte des facteurs suivants: volonté d'effectuer les tâches requises; compétence, en particulier ce qui concerne les questions internationales; adéquation des honoraires eu égard aux services requis; siège ou résidence de l'organisme ou de la personne et limitation possible de ses services à une zone géographique donnée. Ce dernier point doit être examiné compte tenu du lieu d'arbitrage probable ou convenu. Toutefois, certaines fonctions (par exemple la nomination) n'ont pas à être nécessairement assurées sur le lieu de l'arbitrage et certaines institutions d'arbitrage sont disposées à fournir des services dans des pays autres que ceux où elles sont situées.

45. Dans la plupart des cas, la procédure arbitrale sera régie par la loi de l'État où elle se déroule. De nombreux États ont des lois qui régissent divers aspects de la procédure arbitrale. Certaines de ces dispositions sont impératives, d'autres non. Lorsqu'elles sélectionnent le lieu de l'arbitrage, les parties peuvent souhaiter examiner dans quelle mesure la loi du lieu envisagé reconnaît les exigences et caractéristiques particulières de l'arbitrage commercial international et notamment si elle autorise les parties à adapter les règles procédurales à leurs besoins et souhaits particuliers, tout en garantissant l'équité et l'efficacité de la procédure. Des progrès ont été enregistrés dans cette voie, comme il ressort de la législation moderne d'un bon nombre d'États, et cette tendance est favorisée et renforcée par la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, adoptée en 1985².

²Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17)* par. 332 et annexe I. Dans sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé "que tous les États prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international 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".

46. Comme les lois sur l'arbitrage de certains États ne sont pas nécessairement adaptées aux caractéristiques et aux exigences particulières de l'arbitrage commercial international et comme, en tout état de cause, ces lois ne contiennent pas de règles régissant toutes les questions procédurales pouvant se poser dans une procédure arbitrale, les parties peuvent souhaiter convenir d'un ensemble de règles régissant la procédure arbitrale. Lorsque les parties choisissent de faire administrer l'arbitrage par une institution, cette dernière leur demande habituellement d'appliquer son règlement et refusera de s'occuper d'une affaire si les parties ont modifié certaines règles que l'institution juge fondamentales pour son système d'arbitrage. De nombreuses institutions d'arbitrage donnent le choix entre deux ensembles de règles, ou parfois plus, et permettent généralement aux parties de les modifier, en particulier celles qui ne gênent pas son administration de l'arbitrage. Si les parties ne sont pas tenues par une institution d'appliquer un ensemble donné de règles d'arbitrage ou de choisir parmi plusieurs règlements, ou si elles optent pour un arbitrage ad hoc, elles sont libres de choisir leur règlement. Pour ce faire, elles voudront peut-être se demander s'il convient aux différends internationaux et si les procédures qui y sont énoncées sont acceptables.

47. Parmi les nombreux règlements d'arbitrage promulgués par des organisations internationales ou des institutions d'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI³ mérite une mention particulière. Ce règlement s'est révélé acceptable dans des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents, et il est largement connu et utilisé dans toutes les régions du monde. Les parties peuvent y recourir aussi bien dans les arbitrages ad hoc que dans les arbitrages prévoyant une autorité de nomination fournissant ou non des services administratifs supplémentaires. Un nombre considérable d'institutions d'arbitrage de toutes les régions du monde ont adopté le Règlement comme leur règlement propre pour les litiges internationaux, ou se sont proposées comme autorités de nomination. La plupart d'entre elles proposent des services administratifs dans les arbitrages menés dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

iii) Questions pratiques à régler par les parties

48. Les dispositions relatives à l'arbitrage qui figurent dans l'accord de projet ou dans une convention d'arbitrage séparée devraient aussi traiter un certain nombre de questions pratiques, dont les suivantes: nombre des arbitres qui composeront le tribunal arbitral; procédure de nomination des arbitres; lieu où se tiendra la procédure et où sera prononcée la sentence arbitrale; langue de la procédure arbitrale.

49. Lorsqu'une clause type est ajoutée au règlement d'arbitrage ou est proposée par une institution d'arbitrage, son adoption par les parties accroît la certitude et l'efficacité de la convention d'arbitrage. Certaines, dont celle qui accompagne le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, proposent que les parties règlent ces questions pratiques par convention.

d) Questions particulières concernant l'exécution des conventions d'arbitrage

50. S'il est jugé souhaitable d'accorder aux parties la liberté de choisir leur mode de règlement des différends, y compris l'arbitrage, il est aussi souhaitable de déterminer si une autorisation législative expresse est nécessaire. Elle peut l'être dans les pays où, par tradition, seules les juridictions étatiques ont compétence en matière de concessions publiques et dans lesquels l'arbitrage n'est pas ou pas toujours autorisé.

³Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17 (A/31/17)*, par. 57 (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. VII: 1976, première partie, II, A (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.77.V.1)). Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a également été reproduit sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.77.V.6). L'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a été recommandé par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 31/98 du 15 décembre 1976.

i) Immunité de l'État souverain

51. Lorsque l'arbitrage est autorisé et lorsque les parties à l'accord de projet le choisissent pour régler leurs différends, l'application d'une convention d'arbitrage peut être rendue impossible ou être entravée si l'entité publique peut invoquer l'immunité de l'État souverain, soit pour empêcher l'ouverture d'une procédure arbitrale, soit comme moyen de défense contre la reconnaissance et l'exécution de la sentence. Il arrive que les textes portant sur cette question ne soient pas clairs. Les investisseurs et la partie qui conclue un contrat avec l'autorité contractante peuvent alors craindre qu'une convention d'arbitrage soit inopérante. Afin d'apaiser de telles craintes, il est souhaitable de revoir la loi sur la question et d'indiquer dans quelle mesure l'autorité contractante peut invoquer l'immunité de l'État souverain.

52. Si l'on applique les principes du droit privé, dans la mesure où ils peuvent l'être concernant l'invocation de l'immunité souveraine pour empêcher l'ouverture d'une procédure arbitrale, ou si l'on applique les principes élaborés dans la législation et la jurisprudence de certains États, une convention d'arbitrage peut être considérée comme une renonciation à l'immunité de l'État souverain.

53. Même si la sentence est défavorable à l'autorité contractante, celle-ci 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 lois nationales l'immunité 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 dans la mesure où l'immunité ne peut pas être invoquée pour des biens affectés par l'État à ses activités commerciales. Dans certains pays, on considère que c'est à l'État de prouver que les biens devant faire l'objet d'une saisie n'ont pas un usage commercial.

54. Dans certains contrats où des parties sont des entités qui peuvent invoquer l'immunité de l'État souverain, des clauses ont été incluses stipulant que l'État renonce à son droit d'invoquer l'immunité souveraine. Un tel consentement ou une telle renonciation peuvent figurer dans un accord international ou le consentement peut être limité à la reconnaissance du fait que certains biens sont utilisés ou sont destinés à être utilisés à des fins commerciales. Ces clauses écrites sont employées lorsque il n'est pas clair que la conclusion 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.

55. Le législateur peut souhaiter revoir les lois sur la question et, dans la mesure jugée souhaitable, préciser dans quels domaines les entités publiques ne peuvent pas invoquer l'immunité de l'État souverain.

ii) Force exécutoire de la sentence

56. Les effets d'une convention d'arbitrage dépendent également de la législation qui régit la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Les dispositions législatives ont été harmonisées par la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)⁴ qui porte notamment sur la reconnaissance d'une convention d'arbitrage et sur les raisons que peuvent invoquer les tribunaux pour refuser de reconnaître ou d'exécuter une sentence. Un grand nombre de pays ont adhéré à la Convention qui, de l'avis de beaucoup, offre un régime acceptable et équilibré pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Le fait que le pays hôte soit partie à la Convention sera certainement considéré comme un élément crucial dans

⁴Voir *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 330, p. 38, n° 4739 (1959), texte reproduit dans le *Registre des conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.73.V.3).

l'évaluation de la certitude juridique des engagements ayant force obligatoire et de la fiabilité de l'arbitrage comme mode de règlement des différends avec les parties du pays.

57. Aux termes de son article premier, la Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales "rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées". Ainsi, si le lieu de l'arbitrage se trouve dans le pays hôte, les tribunaux de ce pays n'appliqueront pas normalement la Convention aux sentences qui y sont rendues même si le pays hôte est partie à la Convention. L'applicabilité d'un régime de reconnaissance et d'exécution autre que celui de la Convention peut être considérée comme un facteur d'accroissement des risques associés à l'arbitrage comme mode de règlement des différends. Pour éviter les incertitudes, la société de projet peut juger utile de convenir avec l'autorité contractante que tout arbitrage aura lieu dans un pays autre que le pays hôte.

58. Pour donner plus d'intérêt au choix du pays hôte comme lieu de l'arbitrage, le législateur peut décider d'adopter un régime de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales rendues dans l'État qui soit essentiellement le même que le régime énoncé dans la Convention. Un tel régime est proposé dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui suit étroitement la Convention de New York de 1958 et qui s'applique à toutes les sentences, qu'elles aient été prononcées dans l'État contractant ou dans un État étranger. Le libellé internationalement harmonisé des dispositions pertinentes de la Loi type accroîtra la transparence de la loi du pays hôte sur ce point.

59. L'applicabilité dans le pays hôte de la Convention de New York de 1958 et du régime inspiré de cette Convention pour les sentences qu'elle ne vise pas n'élimine pas toutes les possibilités d'empêchement de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence rendue dans le pays hôte. Cela est dû au fait qu'une partie peut s'adresser aux tribunaux du lieu où la sentence a été rendue pour la faire annuler. Les effets d'un arbitrage dépendront donc du régime législatif applicable pour l'annulation des sentences dans le pays où a lieu l'arbitrage. Si le régime en vigueur dans le pays hôte est jugé non satisfaisant, en particulier s'il permet l'annulation d'une sentence pour des raisons autres que celles qui sont largement considérées comme acceptables pour l'arbitrage commercial international, une partie peut souhaiter convenir d'un lieu d'arbitrage situé en dehors du pays. Pour rassurer toutes les parties, et en particulier les investisseurs privés, et les convaincre qu'une sentence rendue dans le pays hôte ne sera pas annulée pour des raisons exorbitantes, le pays hôte peut souhaiter envisager d'adopter un régime largement considéré comme approprié pour les litiges commerciaux internationaux. Un tel régime est prévu dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

6. Procédure judiciaire

60. Les facteurs que les parties prennent généralement en considération lorsqu'elles déterminent si un différend doit être résolu par voie judiciaire ou dans le cadre d'une convention d'arbitrage sont, outre la question de la législation en la matière, par exemple la certitude que les tribunaux compétents seront impartiaux et que le différend pourra être réglé dans des délais raisonnables. D'autres facteurs dont il est tenu compte sont l'efficacité du système judiciaire national et l'existence de formes de réparation judiciaire adaptées aux différends auxquels peut donner lieu l'accord de projet. Les possibilités de recours contre la décision d'un tribunal peuvent en particulier prolonger la procédure judiciaire. En outre, étant donné que les projets d'infrastructure comportent généralement des questions très techniques et complexes, les parties examineront également les incidences du recours à des arbitres choisis pour leur connaissance et leur expérience du sujet par rapport au système judiciaire qui n'est normalement pas fondé sur l'idée qu'un différend doit être confié à un juge qui a déjà une connaissance ou une expérience particulière du domaine où est né le différend. Les parties peuvent aussi tenir compte de la confidentialité de la procédure d'arbitrage, de son côté relativement informel et de la plus grande flexibilité dont peuvent faire preuve les arbitres dans les solutions qu'ils imposent, autant de facteurs qui peuvent contribuer à préserver et améliorer la relation à long terme implicite dans les accords de projet.

61. L'autorité contractante peut avoir plusieurs raisons de demander que tout différend soit réglé par les tribunaux du pays hôte. Ces tribunaux connaissent bien la législation du pays, qui comprend souvent des textes directement applicables à l'accord de projet. En outre, l'autorité contractante et d'autres organismes publics du pays hôte pouvant être parties au différend peuvent préférer des tribunaux locaux en raison de leur connaissance de la procédure judiciaire et de la langue de la procédure. On peut aussi estimer que, dans la mesure où les accords de projet comportent des questions d'ordre public et de protection de l'intérêt général, les tribunaux étatiques sont mieux à même de leur donner véritablement effet.

62. Toutefois, la société de projet, les investisseurs, les financiers et d'autres parties privées participant au projet ne partagent pas souvent l'opinion de l'autorité contractante. Ils peuvent craindre qu'un tribunal du pays hôte ne favorise l'autorité contractante ou que, dans une procédure judiciaire, les politiques à court terme ou des considérations politiques prévalent sur les intérêts légitimes des investisseurs privés. Ils peuvent également considérer que l'arbitrage est préférable à une procédure judiciaire dans la mesure où il peut, puisqu'il dépend beaucoup plus de l'accord des parties et que les sentences ne peuvent pas faire l'objet d'appels qui prolongent la procédure, permettre de régler plus efficacement un différend. En outre, un certain nombre de personnes liées à la société de projet peuvent, du fait de leur connaissance insuffisante de la langue de la procédure judiciaire, avoir des difficultés à participer à ladite procédure.

63. Certains pays, y compris ceux où, selon la tradition, seuls les tribunaux étatiques ont compétence pour connaître des questions relatives aux concessions publiques, sont parvenus à la conclusion qu'il n'existait aucune raison fondamentale d'intérêt général de ne pas autoriser les parties à l'accord de projet à convenir du mode de règlement des différends qu'elles jugent le plus approprié. D'autres pays ont aussi jugé qu'en autorisant les parties à choisir leur mode de règlement des différends ils contribuaient à attirer les investissements étrangers pour le développement de leur infrastructure.

64. D'autres lois, toutefois, n'autorisent pas la convention d'arbitrage et ce sont donc les dispositions sur la compétence des tribunaux du pays hôte qui s'appliquent. Dans les pays où les contrats publics sont soumis à un tel régime particulier, il peut être souhaitable que le parlement revoit l'adéquation des dispositions sur le règlement des différends pour les projets d'infrastructure à financement privé.

C. Règlement des différends commerciaux

1. Remarques générales

65. À l'accord de projet viennent s'ajouter, dans un projet d'infrastructure à financement privé, divers autres contrats. Les considérations législatives à la base de toute réglementation des mécanismes de règlement des différends dépendront des types de contrats et des caractéristiques des différends auxquels ils peuvent donner lieu. Ces contrats seront généralement les suivants: a) accords et instruments internes signés par les promoteurs du projet; b) accords de financement et accords auxiliaires; c) contrats de construction; d) contrats d'exploitation et de maintenance; e) contrats de fourniture des biens et services nécessaires pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage.

66. Il est généralement admis dans les lois nationales que les parties à des transactions commerciales, notamment internationales, sont libres de convenir du for qui statuera, par une décision ayant force obligatoire, sur tout différend auquel ces transactions peuvent donner lieu. Dans les transactions internationales, l'arbitrage est devenu la méthode préférée, qu'il soit ou non précédé d'une conciliation ou associé à cette dernière. Pour ce qui est des contrats normalement conclus dans le cadre d'une infrastructure à financement privé, les parties sont libres, dans de nombreux pays, de soumettre leur différend à l'arbitrage, de choisir le lieu de l'arbitrage et de déterminer si un arbitrage doit être ou non administré par une institution arbitrale. Cela est vrai en particulier pour les types de contrats mentionnés au paragraphe précédent, qui sont généralement considérés comme des accords commerciaux

auxquels s'appliquent, en ce qui concerne les clauses de règlement des différends, les règles générales relatives aux contrats commerciaux. Les États qui souhaitent créer un climat juridique favorable aux projets d'infrastructure à financement privé seraient avisés de revoir leurs lois en ce qui concerne ces contrats de façon à en éliminer toute incertitude concernant la liberté des parties de convenir de modes de règlement des différends.

2. Types particuliers de contrats et de différends

a) Accords et instruments internes signés par les promoteurs du projet

67. Ces accords peuvent comprendre, outre les statuts de la société de projet, par exemple divers accords entre actionnaires, les accords concernant la fourniture d'un financement supplémentaire ou les arrangements relatifs aux droits de vote. Les parties à ces instruments et accords ont généralement fortement tendance à régler leurs différends par conciliation plutôt que par la voie arbitrale ou judiciaire.

b) Accords de financement et accords auxiliaires

68. Puisque seule une petite partie du financement est assurée directement par les promoteurs du projet et que le reste provient de divers prêteurs et investisseurs, un certain nombre d'accords de crédit, d'arrangements de crédit à l'exportation ou d'autres instruments de financement sont conclus avec des parties telles que des banques commerciales, des organismes de prêt publics, des organismes de prêt internationaux et des assureurs des crédits à l'exportation. Les prêteurs accordent une attention toute particulière à la certitude juridique, à la force exécutoire des obligations financières ainsi qu'à la validité juridique des arrangements de garantie. Ils ont tendance à privilégier les accords qui soumettent les différends auxquels ils peuvent donner lieu aux juridictions étatiques des centres financiers internationaux. Toutefois, dans certains projets d'infrastructure à financement privé, les instruments de prêt prévoient l'arbitrage comme méthode de règlement de ces types de différends.

c) Contrats de construction

69. Les contrats de construction de l'ouvrage sont souvent des contrats clefs en main, conclus séparément ou non par la société de projet avec un seul entrepreneur ou avec un consortium d'entrepreneurs⁵. Les membres du consortium peuvent à leur tour conclure un certain nombre d'accords supplémentaires entre eux concernant, par exemple, la fourniture de matériel et la prestation de divers services.

70. L'expérience montre que les contrats de construction donnent souvent lieu à des litiges et que ces derniers présentent des problèmes peu fréquents dans d'autres types de contrats. Cela est dû notamment à la complexité technique de ces contrats, au nombre des entreprises qui participent à la construction, à la nécessité d'apporter des changements ou aux lourdes conséquences des erreurs commises.

71. Il est souvent souhaitable de soumettre les différends auxquels peuvent donner lieu les contrats de construction à l'arbitrage. Toutefois, certains de ces différends ne relèvent pas de la compétence des tribunaux étatiques ou arbitraux ou ne peuvent être réglés de façon satisfaisante dans une procédure arbitrale ou judiciaire (par exemple, les différends de nature technique qui doivent être réglés plus rapidement que cela n'est possible dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire). Les parties peuvent donc souhaiter prévoir que de tels différends seront réglés par un tiers, tel qu'un expert-arbitre ou un conseil d'examen des différends (voir également par. 21 à 29).

⁵Pour une description du choix de la formule contractuelle dans l'industrie de la construction, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, chapitre II.

72. La phase de construction peut donner lieu à des différends mettant en jeu plusieurs entreprises. Par exemple, lorsque la société de projet allègue que la construction est défectueuse, il peut être difficile de déterminer lequel des entrepreneurs qu'elle a engagés est responsable. Si la société de projet intente des actions séparées contre chacun des entrepreneurs devant des tribunaux judiciaires ou arbitraux différents, on risque d'aboutir à des décisions incohérentes, ce qui pourrait se produire même si tous les contrats sont régis par la même loi du fait, par exemple, de l'application de règles de procédure différentes ou d'une appréciation différente des éléments de preuve présentés. Le règlement dans le cadre d'une procédure unique de toutes les actions liées entre elles permettrait d'éviter des décisions incohérentes, faciliterait l'administration des preuves et réduirait les dépenses. Toutefois, les procédures multipartites tendent à être plus compliquées et moins souples et une partie pourra éprouver davantage de difficultés à préparer ses moyens et à les y présenter. De nombreux systèmes juridiques offrent la faculté de régler, dans le cadre d'une même procédure judiciaire multipartite, les différends mettant en jeu plusieurs parties. Afin que ce type de différends puisse être réglé dans le cadre d'une telle procédure, il peut être souhaitable que tous les contrats conclus par la société de projet pour la construction de l'ouvrage comportent une clause conférant compétence exclusive à un tribunal étatique habilité à organiser des procédures multipartites. Il est plus difficile de structurer une procédure multipartite lorsque l'on doit recourir à l'arbitrage. Toutefois, certains des avantages de la procédure multipartite pourront être conservés si les mêmes arbitres sont nommés pour régler les litiges nés de tous les contrats concernant la construction de l'ouvrage.

73. Dans certains systèmes juridiques, une partie qui souhaite joindre plusieurs procédures arbitrales peut adresser une demande dans ce sens à une juridiction étatique. Dans la plupart de ces systèmes, une telle demande doit être fondée sur le consentement de toutes les parties concernées. Dans certains d'entre eux, la demande de jonction peut être adressée au tribunal ou aux tribunaux arbitraux concernés. Ces tribunaux peuvent se concerter afin de prendre des décisions cohérentes. S'il n'y a pas de décision de jonction, ou si les différents tribunaux arbitraux concernés ordonnent des mesures provisoires qui ne sont pas cohérentes, toute partie peut s'adresser au tribunal étatique, qui statuera sur la jonction. Dans la plupart des systèmes juridiques qui ont des dispositions spécifiques sur la question, un ordre de jonction peut être donné lorsqu'existe une question commune de droit ou de fait, que les droits à recours découlent de la même transaction ou qu'une jonction est souhaitable pour toute autre raison.

d) *Contrat ou contrats entre la société de projet et la partie qui assure l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage*

74. Les différends auxquels donnent lieu les contrats d'exploitation et de maintenance de l'ouvrage posent souvent des problèmes que l'on ne rencontre pas dans les différends découlant d'autres types de contrats. Cela est dû à la complexité de ces contrats, au fait que leur exécution se déroule sur une longue période et que plusieurs entreprises peuvent participer à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage. À ces facteurs il faut ajouter la forte composante intérêt général d'une exécution des contrats dans les normes et dans les délais. Les différends qui surgissent portent souvent sur des questions extrêmement techniques liées aux procédures de construction et à la technologie incorporée dans le projet. Il est particulièrement important de les résoudre rapidement afin de ne pas perturber la maintenance de l'ouvrage ou la prestation d'un service public. Les parties doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu'elles déterminent quels sont les mécanismes de règlement des différends les plus appropriés.

75. Comme les différends relatifs à la phase de construction, les différends auxquels donne lieu l'exploitation de l'infrastructure peuvent impliquer plusieurs entreprises et les considérations précédentes concernant les procédures multipartites s'appliqueraient *mutatis mutandis* dans ce contexte (voir par. 72 et 73).

e) *Contrats de fourniture des biens et services nécessaires pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage*

76. Les contrats de fourniture des biens et services nécessaires pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage, comme les contrats commerciaux ordinaires, ne posent pas de problèmes particuliers dans le contexte des projets d'infrastructure à financement privé. Toutefois, si un organisme public du pays hôte est partie à l'un quelconque de

ces contrats, les considérations concernant les différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire peuvent être aussi valables dans ce contexte (voir par. 4 à 64).

D. Différends entre d'autres parties

1. Différends entre le concessionnaire et ses clients

77. Selon le type de projet considéré, les clients du concessionnaire peuvent comprendre diverses personnes et entités, telle qu'une entreprise étatique de services publics qui achète l'électricité ou l'eau au concessionnaire 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 de l'aéroport ou du port; ou des particuliers s'acquittant d'un droit de péage pour l'utilisation d'une route. Les considérations et politiques concernant les contrats passés avec des acheteurs finaux des biens ou des services fournis par la société de projet dépendent des parties à ces contrats. Si les utilisateurs sont des entreprises de services publics ou des entreprises commerciales, les parties régleront tout différend par les méthodes habituelles prévues dans les contrats commerciaux, y compris l'arbitrage. Si, par contre, les utilisateurs sont des consommateurs, c'est-à-dire des particuliers n'agissant pas en tant qu'entités commerciales, des considérations particulières peuvent alors s'appliquer. Par exemple, dans certains pays, il a été jugé souhaitable d'établir dans la loi une obligation de proposer aux consommateurs des mécanismes spéciaux, simplifiés et efficaces, de règlement des litiges avec l'exploitant de l'ouvrage. Lorsque de tels mécanismes existent, ils sont souvent optionnels et n'ôtent pas au consommateur le droit d'entamer une action en justice.

78. Dans certains pays, il existe des dispositions qui régissent les différends entre les prestataires de services publics (eau, gaz, électricité, par exemple) et les acheteurs ou les utilisateurs de ces services. Cette réglementation particulière est généralement limitée à certains secteurs industriels et s'applique aux achats de biens ou de services par des particuliers; elle prévoit, par exemple, l'obligation pour le fournisseur d'établir un mécanisme de réception et d'examen des plaintes des consommateurs et dans certains cas également des modes simplifiés de règlement des différends, qui peuvent comprendre l'arbitrage et la conciliation. En général, ces mécanismes sont facultatifs pour le consommateur et n'empêchent pas les personnes lésées de se tourner vers les tribunaux. Lorsque les acheteurs ou les utilisateurs sont des entités commerciales, on considère en général qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une réglementation particulière pour le règlement des différends.

79. La nécessité de telles dispositions spéciales pour les projets d'infrastructure à financement privé et la nature des mécanismes de règlement des différends prévus dépendent de facteurs tels que les types de biens et de services visés, les entités ou les personnes qui les achètent, et les politiques appliquées dans divers secteurs industriels. Il semble donc souhaitable que toute réglementation en la matière soit incorporée dans les lois spécifiques à certains secteurs ou dans les règlements adoptés conformément à ces lois.

2. Procédures de règlement des désaccords entre l'organe réglementaire et le concessionnaire

80. Comme on l'a déjà vu (voir chap. V, "Construction et exploitation de l'infrastructure", ___), pendant la phase d'exploitation du projet, la société de projet devra se conformer à un grand nombre de conditions et de normes pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage, lesquelles sont énoncées dans la loi, dans des règlements ou dans l'accord de projet. À ces obligations viennent s'ajouter, dans de nombreux pays, un régime réglementaire en vertu duquel l'autorité contractante ou un organisme réglementaire indépendant exerce une fonction de supervision de l'exploitation de l'ouvrage, et l'application par la société de projet de diverses conditions, normes et décisions prises par l'organisme réglementaire. De tels régimes sont en général mis en place pour des secteurs industriels particuliers tels que le secteur de l'énergie, celui du traitement de l'eau et de l'assainissement ou celui des transports publics.

81. Les principaux éléments des divers systèmes réglementaires, mécanismes institutionnels et procédures réglementaires, y compris la question de l'autonomie de l'organisme réglementaire vis-à-vis de l'État, ont été

examinés dans d'autres parties du *Guide* (voir chapitre premier, "Considérations générales sur la législation", ____). Que les principales décisions réglementaires soient prises par un organe public (tel qu'un ministère) ou par un organisme réglementaire indépendant, il est nécessaire de prévoir un mécanisme par lequel l'exploitant de l'ouvrage peut demander un réexamen de ces décisions s'il est en désaccord avec l'organisme réglementaire. Ici comme dans l'ensemble du processus réglementaire, une très grande transparence et une très grande crédibilité sont fondamentales. Pour être crédible, l'examen doit être confié à une entité indépendante de l'organisme réglementaire qui a pris la décision initiale, des autorités politiques du pays hôte et des sociétés soumises à la réglementation.

82. Dans de nombreux systèmes juridiques, le réexamen des décisions des organismes réglementaires relève de la compétence des tribunaux. Toutefois, si le processus judiciaire de réexamen suscite des inquiétudes (par exemple en ce qui concerne des retards possibles ou la capacité des tribunaux de procéder à des évaluations lorsque les décisions réglementaires portent sur des questions économiques complexes), il peut être plus approprié de confier la tâche à un autre organisme, tout au moins en première instance, avant le recours définitif aux tribunaux. Dans certains pays, les demandes de réexamen sont examinées par un organe de supervision indépendant et intersectoriel de haut niveau. Dans d'autres, elles sont examinées par un groupe composé de personnes ayant des fonctions particulières dans les milieux universitaire et judiciaire. Quant aux motifs acceptés pour une demande de révision, ils sont très souvent limités, en particulier pour ce qui est du droit de l'organe d'appel de substituer sa propre appréciation discrétionnaire des faits à celle de l'organe dont la décision est réexaminée.

* * * * *