Nations Unies A/CN.9/850

Assemblée générale

Distr. générale
29 avril 2015
Français
Original: anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Quarante-huitième session
Vienne, 29 juin-16 juillet 2015

Travaux prévus et travaux futurs possibles dans les domaines de la passation de marchés et du développement des infrastructures

Note du Secrétariat

Table des matières

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1	2
II.	Travaux futurs proposés dans les domaines de la passation de marchés et du développement des infrastructures	2-40	2
	A. Suspension et exclusion dans le domaine des marchés publics	2-16	2
	B. Partenariats public-privé (PPP)	17-40	6

V.15-03016 (F)

Merci de recycler

I. Introduction

1. La présente note a été établie pour permettre à la Commission d'examiner les travaux qu'elle pourrait entreprendre à sa quarante-huitième session dans les domaines de la passation de marchés et du développement des infrastructures. Elle aborde deux axes possibles de travail législatif: la suspension et l'exclusion dans le domaine des marchés publics, et les partenariats public-privé.

II. Travaux futurs proposés dans les domaines de la passation de marchés et du développement des infrastructures

A. Suspension et exclusion dans le domaine des marchés publics

2. L'article 9-2 f) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2011)[1] permet d'exclure des fournisseurs de la procédure si, notamment, ils ont été "disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou d'exclusion". Le Guide pour l'incorporation[2] de la Loi type note que cette exclusion de futurs marchés peut être temporaire ou permanente[3] et est souvent imposée suite à une faute, à des actes de corruption ou à des comportements contraires à l'éthique (production d'états financiers faux ou trompeurs ou tentative de fausser la procédure de passation par des incitations ou par la collusion). Le Guide ajoute que les fautifs présumés devraient bénéficier du droit à une procédure régulière[4] et que dans certains systèmes, les pratiques commerciales répréhensibles (comme la non-passation d'un marché ou le non-respect d'obligations contractuelles) peuvent également entraîner des sanctions contre le fournisseur concerné[5].

3. La Loi type ne prévoit aucune règle de procédure pour l'exclusion de fournisseurs. Le Guide pour l'incorporation ne traite pas davantage la suspension et l'exclusion. Néanmoins, il est souligné, dans le Guide, qu'une caractéristique essentielle d'un système transparent de passation des marchés est l'existence de mécanismes qui permettent de contrôler et, si nécessaire, d'imposer l'application des règles qu'il énonce: ces mécanismes consistent notamment à réexaminer et à contester des décisions, audits et enquêtes de responsables des achats, ainsi que des sanctions et des procédures d'exclusion qui peuvent avoir été infligées ou engagées en vertu de l'article 21 relatif à l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marchés au motif d'incitations, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts, ou en cas de violations du code de conduite requis par l'article 26 de la Loi type ou de violations d'autres obligations

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), annexe I.

[2] www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

[3] La suspension renvoie à des mesures temporaires, généralement d'un an ou moins, tandis que l'exclusion renvoie à des restrictions allant jusqu'à trois ans ou plus. L'exclusion a des conséquences graves, car elle peut exclure une entreprise du marché suffisamment longtemps pour qu'elle perde son positionnement concurrentiel dans un secteur. Les systèmes, cependant, utilisent diverses terminologies. Voir, également, le Guide pour l'incorporation, commentaire sur l'appui administratif, par. 69.

[4] Guide pour l'incorporation, commentaire de l'article 9-2 f).

[5] Guide pour l'incorporation, commentaire de l'article 17, par. 12.

énoncées dans cette dernière[6]. En outre, le Guide note que “l’État devrait donc disposer en général d’un système efficace de sanctions contre la corruption commise par des agents publics, notamment des employés des entités adjudicatrices, et par des fournisseurs et entrepreneurs, qui s’appliquerait aussi au processus de passation des marchés et viserait à améliorer la gouvernance dans l’ensemble des marchés publics”[7]. Il a été noté que l’infliction de sanctions “effectives, proportionnées et dissuasives” lorsqu’un acte de corruption est commis est également une prescription de base de la Convention des Nations Unies contre la corruption[8].

4. Alors qu’il est généralement admis que la mise en place de procédures de suspension et d’exclusion est utile pour appuyer la mise en œuvre effective d’une loi relative aux marchés et, en particulier, pour combattre la corruption[9], il existe, dans la pratique, d’importantes variations entre les systèmes. En effet, il a été déclaré que dans un pays, “les indications sur ce sujet sont considérablement fragmentées entre les ordres et instructions de plusieurs autorités de surveillance [renvoi de note omis], ce qui crée un risque considérable de confusion aussi bien parmi les responsables des achats que parmi les entrepreneurs qui traitent avec les pouvoirs publics, et peut nuire à l’obtention des résultats escomptés”[10].

5. Cette fragmentation se retrouve, plus généralement, entre les systèmes nationaux et internationaux, comme cela a été signalé à un colloque tenu sur le sujet en 2012[11] (les systèmes étudiés étaient ceux des États-Unis (système fédéral), de l’Inde, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord, de l’Union européenne et des banques multilatérales de développement). Les différences tiennent notamment aux objectifs des procédures de suspension et d’exclusion, à la nature des procédures et aux sanctions disponibles. À une réunion récente du Groupe de travail des éminents spécialistes des marchés publics de l’Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)[12], lors de l’examen de

---

[6] Voir, également, le Guide pour l’incorporation, commentaire de l’Introduction du Chapitre VIII (Mécanismes de contestation).

[7] Guide pour l’incorporation, commentaire de l’article 21, par. 3.

[8] Aux termes de l’article 30 de la Convention, chaque État partie “rend la commission d’une infraction établie conformément [à la] Convention passible de sanctions qui tiennent compte de la gravité de cette infraction”, et il est noté que la suspension et l’exclusion figurent parmi les sanctions appropriées. Voir, en outre, la Convention des Nations Unies contre la corruption, A Resource Guide on State Measures for Strengthening Corporate Integrity, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), 2013, disponible à l’adresse www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Resource_Guide_on_State_Measures_for_Strengthening_Corporate_Integrity.pdf.

[9] Voir, par exemple, la déclaration faite par le Président de la Banque mondiale, Jim Yong Kim, en 2014: “Partout dans le monde, les gouvernements créent et modernisent des organes administratifs qui peuvent répondre aux plaintes émises suite à des actes répréhensibles commis dans des marchés publics ou dans l’utilisation de fonds de donateurs. Ils sont une composante essentielle du mouvement mondial de lutte contre la fraude et la corruption”, disponible à l’adresse http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2014/06/25/world-bank-publishes-data-lessons-learned-debarment-cases-2007.

[10] Verma, Sandeep, Sending Contractors on a Holiday: Proposed Rules for an Integrated and Seamless Approach in the Ministry of Defence to Debarment and Suspension of Erring Entities (23 mai 2014), p. 1. Disponible à l’adresse http://ssrn.com/abstract=2441040 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2441040.

[11] Colloque sur la suspension et l’exclusion: vers une approche intégrée? http://globalforumljd.org/events/2012/100912_suspension.htm.

[12] Tenue les 27 et 28 avril 2015 au siège de l’OCDE, à Paris.

l'application de la Recommandation que l'Organisation a récemment adoptée sur les marchés publics[13], d'importantes différences ont également été notées entre le système de l'Union européenne et celui du Canada.

6. En ce qui concerne les objectifs des procédures, et tandis que tous les systèmes sont conçus pour dissuader les actes répréhensibles et imposer des sanctions, il existe généralement deux objectifs distincts. D'une part, le but peut être de protéger les clients des pouvoirs publics d'individus et d'organisations avec lesquelles ils ne devraient pas commercer ou auxquels ils ne devraient pas confier des fonds publics, que le risque tienne à l'exécution, à la réputation ou aux deux. D'autre part, le système peut viser principalement à sanctionner les fournisseurs fautifs.

7. Les systèmes peuvent également être "discrétionnaires", "obligatoires" ou "punitifs", reflétant en grande partie ces différences dans leurs objectifs. Les systèmes obligatoires exigent d'imposer des sanctions aux fournisseurs reconnus coupables d'actes répréhensibles, tandis que les systèmes discrétionnaires n'exigent pas de sanctions particulières, mais permettent à l'organisme disciplinaire de tenir compte de l'ampleur du risque d'inexécution et des conséquences que l'exclusion d'un fournisseur pourrait avoir ou aurait probablement pour les marchés.

8. Cette question revêt une importance particulière lorsque la sanction implique l'exclusion sur une longue période (il a été donné un exemple de dix ans ou plus), ce qui risque de mettre en faillite un fournisseur qui traite d'importantes affaires avec les pouvoirs publics. Lorsque l'exclusion n'est pas obligatoire, on peut trouver des approches alternatives telles que l'"autonettoyage" (acceptation de culpabilité et mise en place de programmes destinés à garantir le respect de normes appropriées à l'avenir). Certains systèmes prévoient l'exclusion obligatoire pour les conduites les plus flagrantes, mais autorisent la discrétion pour les fautes moindres. Il peut, enfin, être prévu des sanctions civiles et des condamnations pénales.

9. Le fardeau de la preuve, pour ce qui est d'établir la faute, va de preuves "suffisantes" à l'exigence d'une condamnation pénale préalable, en passant par une prépondérance de la preuve, évaluée par l'organisme disciplinaire. Il peut également, pour ce qui est de renverser des décisions de suspension ou d'exclusion par appel, être relativement faible ou extrêmement élevé.

10. Cette diversité de pratiques a d'autres conséquences vu l'accent croissant placé sur l'"exclusion croisée". Ce terme renvoie à la possibilité d'exclure un fournisseur suspendu ou exclu dans un pays ou système des marchés d'autres pays. Cette question a nécessité d'importants efforts de coordination entre les banques multilatérales de développement, mais il faudrait en faire plus pour permettre aux systèmes nationaux et à ces systèmes "internationaux" de travailler efficacement ensemble. Au colloque mentionné plus haut, on a noté qu'une règle en vertu de laquelle une exclusion dans un pays ou système exclurait automatiquement le fournisseur concerné dans tous les pays et systèmes serait trop rigide et inapplicable, tout en soulignant la nécessité d'adopter une approche cohérente. Le financement international d'infrastructures et du développement implique de passer des marchés avec des fournisseurs capables d'opérer dans de nombreux pays, et l'on place de plus en plus, dans les politiques et dans la pratique, l'accent sur les marchés transfrontières.

---

[13] Recommandation du Conseil, 18 février 2015, C(2015)2.

11. En ce qui concerne la procédure régulière, l'ONUDC a noté que la gravité de l'exclusion, en particulier pour les individus et les petites entreprises, est telle qu'il est "essentiel de disposer de normes de conduite claires et de protections procédurales pour prévenir les abus"[14]. Des États ont indiqué leur souhait de mettre en œuvre, dans leurs systèmes nationaux, des règles propres à appuyer comme il convient leur législation et leur réglementation relatives à la passation des marchés, et de se conformer aux obligations qu'ils ont contractées au titre de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

12. Or, il n'existe, de toute évidence, aucune norme harmonisée utilisable comme source, et certains États ont jugé nécessaire de créer un système international cohérent. Par exemple, le nouveau cadre proposé pour le système de passation de la Banque mondiale va envisager de permettre aux marchés financés par la Banque d'utiliser le propre système de passation du pays (par opposition à une obligation de suivre le propre système de passation de la Banque) lorsque, notamment, le pays emprunteur applique (le cas échéant) la liste d'exclusion de la Banque[15]. Outre qu'elle faciliterait la mise en œuvre cohérente des prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption[16], une convergence est nécessaire pour éviter d'avoir des systèmes fragmentés dans lesquels des normes de conduite et de sanction différentes s'appliquent dans un système (lorsque certains marchés sont financés de l'extérieur) et entre des systèmes qui ont besoin de travailler ensemble. En conséquence, il est fait valoir qu'un texte législatif qui offrirait des garanties appropriées pour les procédures de suspension et d'exclusion serait très utile à cet égard: des options similaires à ce qui serait requis sont énoncées au chapitre VIII de la Loi type sur la passation des marchés publics, et les dispositions concernées sont jugées utiles dans la pratique.

13. Les déclarations faites par la Commission à propos du moment auquel un mandat législatif pourrait opportunément être confié ont été examinées. La première question est de savoir si les procédures de suspension et d'exclusion se prêtent à une harmonisation et à l'élaboration consensuelle d'un texte législatif. Il est fait valoir, vu les informations dont on dispose, que la variation des systèmes existants tient davantage au fait de savoir si le système est essentiellement punitif ou discrétionnaire, et qu'elle se traduit en conséquence dans la mise en œuvre et dans l'utilisation des règles de procédure. Les principes de base des règles, à savoir le fait qu'elles doivent refléter les prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption, notamment l'infliction, pour tout abus dans la passation de marchés,

---

[14] A Resource Guide on State Measures for Strengthening Corporate Integrity, note 8 *supra*, p. 23.

[15] Voir "Procurement in World Bank Investment Project Finance Phase II: Developing the Proposed New Procurement Framework", par. 44, disponible à l'adresse https://consultations.worldbank.org/Data/hub/files/consultation-template/procurement-policy-review-consultationsopenconsultationtemplate/materials/procurement_in_world_bank_investment_project_finance_-_phase_ii_0.pdf.

[16] Le Groupe d'examen de l'application (groupe de travail de la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption) étudie, notamment, des propositions qui ont été faites "de recenser les problèmes et les bonnes pratiques et d'examiner les besoins d'assistance technique pour veiller à la bonne application de la Convention", que le Groupe examinera à sa sixième réunion, à Vienne, les 25 et 26 juin 2015. Voir, en outre, http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/1-5June2015/V1501966e.pdf.

de sanctions qui soient “effectives, proportionnées et dissuasives”, ne semblent pas être contestés.

14. La Commission pourra donc considérer que l’élaboration consensuelle d’un texte législatif est possible, mais qu’il faudra peut-être préciser la portée de tout futur texte et les questions de politique générale à examiner. Elle pourra également, vu l’importance de l’exclusion croisée dans les marchés publics, considérer qu’un texte législatif sur ce sujet renforcerait le droit commercial international dans ce domaine[17].

15. La Commission, cependant, a également souligné qu’il ne faudrait pas entreprendre l’élaboration d’un texte législatif si cela faisait double emploi avec des travaux menés sur ce sujet par d’autres organismes de réforme du droit, et qu’il faudrait, avant de confier le sujet à un groupe de travail, mener des travaux préparatoires pour recenser les domaines de chevauchement potentiel[18]. À cet égard, il ressort des consultations initiales que l’élaboration d’une norme de la CNUDCI ne dupliquerait pas les activités actuelles d’autres organismes de réforme du droit, mais les compléterait.

16. Il est donc recommandé que la Commission autorise le Secrétariat à étudier la possibilité d’élaborer un texte législatif dans ce domaine. Il faudrait que les travaux préparatoires incluent d’autres consultations avec les parties prenantes, notamment la Banque mondiale, les autres banques multilatérales de développement, l’ONUDC et les États, afin de tester les hypothèses et les conclusions énoncées ci-dessus, et d’éviter toute redondance. Les institutions susmentionnées ont fait savoir qu’elles participeraient volontiers à l’élaboration de normes internationales dans ce domaine, notamment sous la forme de textes législatifs qui pourraient être mis en œuvre de manière souple.

B. Partenariats public-privé (PPP)

a) Contexte et activités menées depuis la session de 2014 de la Commission

17. À sa quarante-septième session, la Commission a examiné le rapport d’un colloque tenu en mars 2014, qui avait conclu que les textes de la CNUDCI sur les projets d’infrastructure à financement privé étaient très appréciés, mais sous-utilisés et avaient besoin d’être actualisés. Il avait donc été recommandé que la Commission fournisse un mandat pour l’élaboration d’une loi type sur les PPP et d’un guide pour son incorporation (et défini la portée des travaux envisagés)[19]. À ladite session, les États membres ont émis, au sujet des recommandations, des avis divergents, certains les appuyant et d’autres pas.

18. Tout en reconnaissant que les PPP étaient un sujet qui revêtait de l’importance pour les États membres (notamment pour les pays en développement) et les bailleurs

[17] A/68/17, par. 303 et 304.
[18] Ibid.
[19] A/CN.9/821, par. 120 et 121.

de fonds[20], la Commission a refusé, après un débat, de fournir le mandat demandé, se réservant cependant la possibilité de reconsidérer la question lorsque, éventuellement, des ressources pour un groupe de travail deviendraient disponibles. La Commission a notamment pris en compte les deux facteurs principaux suivants: a) tandis que la portée d'un projet d'élaboration d'un texte législatif relatif aux PPP avait été définie au colloque de 2014, cette élaboration nécessiterait des travaux de grande ampleur et de longue haleine; et b) on pourrait utiliser les textes existants de la CNUDCI relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé pour harmoniser et moderniser les législations nationales. À cet égard, la Commission n'a pas accepté les conclusions du Colloque, qui avait également recommandé d'élaborer une loi type sur les PPP[21].

19. La Commission a également autorisé le Secrétariat à entreprendre des travaux préparatoires limités afin a) d'avancer les préparatifs de l'élaboration d'un texte législatif relatif aux PPP, en interne et au moyen de consultations informelles, de façon qu'un groupe de travail puisse aborder le sujet s'il lui en était confié le mandat, et b) d'aider la Commission à réexaminer le fait de savoir s'il faudrait entreprendre, sur ce point, des travaux législatifs que la Commission examinerait plus avant à la présente quarante-huitième session[22].

20. En conséquence, le Secrétariat a entamé des consultations virtuelles et téléphoniques limitées avec des experts et des représentants des États, des bailleurs de fonds et des organismes de réforme du droit – Banque mondiale, banques régionales de développement, Commission économique des Nations Unies pour l'Europe et OCDE, principalement. La présente section expose les conclusions de ces consultations, présentées ensemble pour refléter le fait que les deux points ci-dessus sont étroitement liés.

21. Le Secrétariat a donc demandé aux experts et autres participants a) d'indiquer, se fondant sur l'expérience de leur pays ou région, les activités qui seraient utiles pour réformer les textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé, et b) de revoir les dispositions de ces textes à la lumière des commentaires faits à la session de 2014 de la Commission.

22. Les participants ont fourni d'importantes informations sur les systèmes de PPP de différentes régions, notamment d'Afrique, d'Europe et d'Amérique du Nord et du Sud. Il en ressort une convergence sur les questions de politique générale, malgré quelques différences observées dans certaines régions, notamment en ce qui concerne la mesure dans laquelle les PPP prennent principalement la forme de concessions (plutôt que ce que l'on appelle parfois des PPP à paiement public). Les

---

[20] La Commission s'est entendu dire que le colloque avait "réaffirmé que les PPP pouvaient contribuer grandement à l'économie durable et au développement social, notamment en remédiant à l'important manque de financement pour les infrastructures mis en évidence par plusieurs études empiriques et commentateurs. On a constaté que le besoin qui en découle se fait plus particulièrement sentir dans les pays en développement, et que les PPP menés avec de petits opérateurs privés (comme les MPME) pouvaient aussi appuyer le développement local et régional. Face aux expériences de partenariats de qualité médiocre ou insuffisante, on a reconnu, en particulier, le besoin d'une législation type efficace que les États pourraient utiliser pour développer les meilleures pratiques et respecter les normes afin de rendre les partenariats plus efficaces." A/CN.9/807, par. 13 g).

[21] A/69/17, par. 255 c).

[22] Ibid., par. 260.

PPP de type concession sont principalement rémunérés par des tiers, tandis que dans ceux à paiement public, la rémunération est plus certaine, découlant largement du secteur public, de sorte que le profil de risque commercial varie entre ces deux types de PPP. Nonobstant, il a été convenu qu'il existe de nombreuses similitudes dans la planification, la préparation et la passation de marchés de ces deux types de PPP, mais que les régimes institutionnels, contractuels et juridiques présentent quelques différences dans la pratique. En conséquence, il a été jugé possible d'identifier les éléments essentiels communs aux deux types de PPP de façon que le texte législatif révisé puisse traiter d'éléments relevant des deux types.

23. On pourrait également, ce faisant, prêter dûment attention aux critères supplémentaires des PPP de type concession (qui diffèrent davantage des systèmes modernes de passation des marchés publics de grands projets d'infrastructure, ainsi que des PPP à paiement public). Il a été convenu que cette approche refléterait celle des textes existants relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé, et appliquerait la notion de "PPP stratégiques" débattue au colloque de 2014[23]. Cependant, les experts indiquent également qu'il y a eu une augmentation des PPP à paiement public (qui étaient moins fréquents que les PPP de type concession lorsque les textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé ont été élaborés), et un nouveau texte refléterait, compte tenu des incidences budgétaires de ces PPP, la nécessité de justifier davantage la sélection des projets et d'utiliser des comparateurs financiers.

24. En outre, il a été clairement entendu qu'il faudrait simplifier certaines parties des textes existants relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé, et que l'on pourrait désormais traduire certaines indications existantes en texte législatif pour refléter l'évolution du marché. Alors qu'on pourrait – et, de l'avis des experts, devrait – inclure les PPP institutionnels, il serait plus difficile de traiter de manière appropriée d'autres approches nouvelles, comme l'alliance de projets; il est donc recommandé de s'en abstenir.

25. Les participants ont également revu l'ensemble des textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé afin d'identifier les passages qu'il faudrait consolider, modifier, remanier et/ou supprimer, et ceux dans lesquels il faudrait ajouter du texte ou de nouvelles dispositions. Les conclusions des colloques de 2013 et 2014 ont également été prises en compte dans cet exercice. On peut obtenir du Secrétariat une présentation tabulaire des conclusions relatives à chaque sous-section du Guide législatif, à chaque recommandation législative et à chaque disposition législative type[24]. Ces conclusions sont résumées ci-après:

26. "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé": modifier le libellé afin de refléter les approches modernes des notions d'intérêt public fondamental, de comparateurs financiers, de durabilité et d'autres termes et définitions, et distinguer les PPP selon que le partenaire de projet doit offrir des services publics complets ou limités, de manière à refléter le champ d'application des PPP stratégiques et la pratique moderne.

---

[23] A/CN.9/821, par. 27.

[24] Les présentations tabulaires, qui comptent une cinquantaine de pages, sont disponibles uniquement en anglais. Elles seront traduites ultérieurement, lorsque la Commission le décidera.

27. “Informations générales sur les projets d’infrastructure à financement privé”: simplifier le texte, supprimer les commentaires inutiles, expliquer les différences qui existent entre les deux principaux types de PPP (voir plus haut), actualiser le texte pour tenir compte des expériences récentes, et inclure des références croisées appropriées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

28. “Autres domaines pertinents du droit”: légère simplification seulement.

29. “Cadre législatif et institutionnel général”: réviser le texte pour mieux équilibrer les intérêts publics et privés; renforcer la capacité des pouvoirs publics; aborder la préparation et la sélection des projets; et étendre le champ des mécanismes institutionnels requis et la gouvernance desdites institutions (y compris, par exemple, les services de la concurrence et les groupes et comités chargés des PPP, que l’on trouve fréquemment dans les États qui recourent à ces partenariats et qui, comme on l’a noté au Colloque, requièrent des dispositions supplémentaires dans tout nouveau texte législatif)[25].

30. “Risques de projet et appui des pouvoirs publics”: commenter de manière plus articulée les aspects économiques des projets, les risques et leur partage; développer les liens qui existent entre la répartition des risques, l’offre de garanties, la rentabilité et l’intérêt économique global du projet, et faire des recommandations concernant la transparence de la partie publique.

31. “Construction et exploitation: cadre législatif et accord de projet”: traiter les formes de contrat, les entraves à la liberté contractuelle et les clauses minimales (avec un champ d’application de l’accord de projet le plus large possible); décrire de manière plus approfondie les accords de sous-traitance et les responsabilités, ainsi que les modalités de renégociation, de refinancement et de modification des contrats (y compris leurs spécifications) pendant la durée du projet; préciser que l’accord de projet peut s’étendre à un groupe de documents[26]. En outre, clarifier le champ d’activité du concessionnaire, les différents concepts de propriété et d’acquisition de la propriété du site du projet, les redevances et les droits, et les garanties complémentaires destinées à atténuer les risques politiques (certaines peuvent être négociables, d’autres traitées comme des garanties juridiques minimales). En ce qui concerne l’exploitation de l’infrastructure, il faudrait préciser les normes et les obligations de la partie au projet, les modalités d’exécution des instructions de l’autorité publique et les délais appropriés aux concessions. Il est recommandé une plus grande transparence dans la publication des principales clauses des documents de projet.

32. “Durée, prorogation et résiliation de l’accord de projet”: traiter les délais applicables aux projets, les questions d’investissement et la matérialisation des risques; réviser le texte pour mieux lier les modifications et la résiliation.

33. “Règlement des différends”: donner des indications plus concrètes; faire des recommandations plus détaillées concernant le recours à l’arbitrage et les circonstances dans lesquelles la soumission à des organes de règlement des litiges peut être une étape initiale obligatoire; présenter l’arbitrage d’urgence; développer les indications relatives aux organes nationaux/internationaux de règlement des

---

[25] A/CN.9/821, par. 35 à 40.

[26] Les avis ont divergé sur le fait de savoir si une partie du texte existant était inutile et pouvait être supprimée.

litiges, aux moyens d'assurer l'indépendance du for, au choix de la loi applicable et aux différends entre actionnaires, prêteurs, partenaires du consortium d'exploitation, régulateurs, exploitants, entrepreneurs et sous-traitants, ainsi qu'entre l'autorité publique et le partenaire du projet.

34. La présentation tabulaire montre à la fois les endroits où l'on pourrait introduire de nouvelles recommandations ou dispositions législatives et ceux où les indications actuelles devraient être actualisées ou révisées, et l'on peut voir que si l'expérience des PPP varie dans la pratique, il existe un ensemble cohérent de propositions que l'on pourrait agréger dans un Guide législatif révisé assorti de recommandations législatives et de dispositions types, avec les trois éléments consolidés et présentés ensemble[27].

35. Les experts, après avoir procédé à cet exercice, estiment que les travaux à entreprendre pour atteindre cet objectif ne sont pas considérables et qu'ils pourraient, avec une supervision limitée du Secrétariat, être menés en un an environ. Il a été estimé que l'élaboration d'une loi type complète exigerait bien plus de ressources et, étant donné l'incertitude exprimée au Colloque quant à savoir si cela serait faisable[28], les experts et les participants estiment qu'en incluant des dispositions législatives types ou des recommandations législatives dans le corps d'un Guide législatif révisé, on obtiendrait, à ce stade, un équilibre approprié entre un texte convivial, d'une part, et des contraintes de ressources admises, d'autre part. Enfin, les experts et les participants estiment que ce type de texte révisé de la CNUDCI est plus nécessaire, à court terme, qu'une loi type et un guide pour son incorporation.

b) Recommandations

36. Lors des consultations, plusieurs États membres (pays développés et pays en développement), bailleurs de fonds et organisations régionales ont fait savoir qu'ils seraient ravis d'utiliser un texte législatif moderne sur les PPP. Le Secrétariat a reçu, en ce qui concerne l'élaboration d'un texte législatif sur ce point, une déclaration officielle d'appui d'un pays en développement. Cependant, il demeure une certaine réticence de certains États à engager des ressources dans l'élaboration d'un tel texte au sein d'un groupe de travail. Il a été avancé diverses raisons, principalement les contraintes budgétaires du secteur public, l'absence d'une expérience spécialisée qui permettrait d'apporter une contribution utile, et les pressions qui s'exercent sur les ressources humaines des États pour qu'elles se concentrent sur des projets de PPP nationaux plutôt que sur l'élaboration de normes internationales. En revanche, des experts et des bailleurs de fonds sont prêts à offrir bénévolement leurs services pour appuyer les travaux que la CNUDCI mène sur les PPP et élaborer un Guide législatif révisé tel que discuté plus haut.

37. Dans l'éventualité où il serait possible d'élaborer un texte législatif moderne sur les PPP, le Secrétariat a analysé les avis récents de la Commission quant à savoir si un tel projet serait bénéfique et, dans l'affirmative, la forme qu'il pourrait prendre.

---

[27] Il n'existe pas d'examen distinct des aspects des PPP relatifs à la passation des marchés, car il existe un consensus sur le fait qu'ils seront conformes aux dispositions pertinentes de la Loi type de la CNUDCI, comme convenu au Colloque de 2014; voir A/CN.9/821, par. 90 à 95.

[28] A/CN.9/821, par. 122.

38. La Commission a régulièrement souligné l'importance d'élaborer un texte législatif en menant des négociations formelles au sein d'un groupe de travail, car la transparence, le multilinguisme et le caractère non exclusif de cette méthode favorisent l'applicabilité et l'acceptation universelles de ces textes[29]. Elle a également conclu qu'il faudrait, compte tenu de la nature du sujet, étudier la possibilité d'équilibrer l'approche formelle et une démarche associant la réalisation d'études par le Secrétariat, l'assistance d'experts extérieurs et la tenue de colloques ("méthodes de travail informelles")[30].

39. À la lumière des conclusions émises sur la nature et l'étendue des travaux définis à la sous-section a) ci-dessus, et de la participation probable des États membres à tout projet d'élaboration d'un texte législatif sur les PPP, la Commission souhaitera peut-être examiner comment on pourrait entreprendre de réviser les textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé. On pourrait, par exemple, mettre en place un mécanisme qui permettrait de débattre amplement des questions au cours du processus d'élaboration afin d'obtenir une large participation et l'appui d'organisations régionales, y compris, si possible, les banques multilatérales de développement. Le but serait de garantir l'inclusion de l'expérience acquise dans toutes les régions et de calmer certaines des préoccupations afférentes aux méthodes de travail informelles exprimées par la Commission.

40. L'une des manières d'obtenir un équilibre approprié pourrait être de soumettre des projets de révisions du Guide législatif existant à un ou plusieurs colloques, comme la Commission l'a déjà envisagé (A/CN.9/807, par. 48 et 49). À cet égard, la Commission se rappellera peut-être que la CNUDCI peut organiser des colloques en utilisant du temps de conférence (qui comprend des moyens de traduction), dans la mesure où elle en dispose. Enfin, tout projet de texte serait soumis à la Commission pour examen et adoption éventuelle.

---

[29] A/68/17, par. 300, qui prend note des questions énoncées dans le document A/CN.9/774, par. 15 à 17.

[30] La Commission a également exprimé des inquiétudes concernant certains aspects des méthodes de travail informelles, notamment une réduction de la transparence, du multilinguisme et du caractère ouvert, et le risque de domination par des groupes et intérêts spécialisés (A/68/17, par. 301). Voir, également, A/72/16, par. 43, repris dans le document A/CN.9/774, par. 36; voir également A/CN.9/752, par. 35 et 37 à 40, et A/CN.9/807, par. 19 et 33.