



## Assemblée générale

Distr. GÉNÉRALE  
7 mars 2000

FRANÇAIS  
Original: ANGLAIS

---

### Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-deuxième session

#### Compte rendu analytique de la 659<sup>ème</sup> séance

Tenue au Centre international de Vienne le mercredi 26 mai 1999 à 9h30

*Président:* M. Renger ..... (Allemagne)

### Sommaire

Projets d'infrastructure à financement privé (*suite*)

---

Le présent compte rendu est sujet à rectifications. Les rectifications doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *une semaine au plus tard à compter de la date du présent document*, au Chef du Service de traduction et d'édition, bureau D0710, Centre international de Vienne.

Les rectifications éventuelles aux comptes rendus des séances de la présente session seront groupées dans un rectificatif unique.

*La séance est ouverte à 9h45.*

**Projets d'infrastructure à financement privé** (*suite*)  
(A/CN.9/458 et Add.1 à 9)

*Chapitre VI. Achèvement du projet, prorogation et résiliation*  
(*suite*) (A/CN.9/458/Add.7)

*Suggestions de caractère général touchant la rédaction du*  
*chapitre VI (suite)*

1. **M. Lortie** (observateur du Canada), revenant sur la suggestion qu'il a formulée à la séance précédente, dit que sa délégation pense que les notes correspondant aux recommandations sont bien équilibrées. Il y a dans chaque cas un principe général et différentes exceptions à ce principe. Ce que suggère la délégation canadienne, c'est que, dans chaque cas, les recommandations commencent par le principe général puis énumère les exceptions. Cette approche pourrait être adoptée non seulement pour la recommandation 2 mais aussi pour les recommandations 1, 3 et 4.

2. **Mme Nikanjam** (République islamique d'Iran) appuie cette suggestion car elle permettrait de mieux équilibrer le texte.

3. **M. Lalliot** (France), appuyé par **M. Mazini** (observateur du Maroc), souscrit à la suggestion de la délégation canadienne. Il faudrait demander au Secrétariat de rédiger un texte approprié pour le chapeau de chaque recommandation.

4. **Le Président** considère que la Commission pourrait adopter la suggestion de l'observateur du Canada.

5. **M. Wiwen-Nilsson** (observateur de la Suède) rappelle qu'à la séance précédente, le Secrétariat a exprimé le désir de recevoir des indications sur les vues des délégations quant aux différentes conséquences des divers types de résiliation de l'accord ou d'achèvement du projet, et voudrait exprimer une opinion à ce sujet.

6. Une résiliation anticipée peut intervenir pour cinq raisons possibles: des événements constituant un empêchement; des actes de l'autorité contractante et d'autres organismes publics; la résiliation au gré de l'autorité

contractante; une défaillance de l'autorité contractante; et une défaillance du concessionnaire. La résiliation comme suite à des événements constituant un empêchement est possible aussi dans le cas d'événements dont le concessionnaire n'a pas assumé le risque. En pareil cas, l'indemnisation versée au concessionnaire doit correspondre à l'investissement effectué, à moins que celui-ci n'ait déjà été recouvré grâce aux recettes provenant du projet (y compris, le cas échéant, les subventions reçues de l'autorité contractante, etc.), plus les coûts entraînés par la résiliation. Cela comprendrait l'encours de la dette et les fonds propres, mais pas le manque à gagner.

7. Dans le cas d'une résiliation due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres organismes publics, l'indemnisation due serait semblable mais pourrait dans certains cas comprendre également une compensation à raison du manque à gagner.

8. En présence d'une résiliation au gré de l'autorité contractante et d'une résiliation due à une défaillance de celle-ci, l'indemnisation serait, dans ce cas également, semblable mais comprendrait le manque à gagner.

9. S'il s'agit d'une résiliation due à une défaillance du concessionnaire, les prêteurs devront accepter le risque et il n'y aurait en principe aucun versement, sauf que l'autorité contractante paierait la valeur résiduelle des actifs, compte tenu du montant des investissements non recouverts grâce aux recettes provenant du projet, à moins qu'elle ne puisse démontrer que les actifs en question ont une valeur marchande moindre. Il pourra également y avoir des demandes de dommages-intérêts de l'autorité contractante contre le concessionnaire, même s'il n'est peut-être pas réaliste de penser qu'une société spécialement constituée pour réaliser le projet aura les moyens de satisfaire à de telles demandes.

10. En cas d'expiration normale de l'accord de projet, tous les actifs nécessaires à l'exploitation continue du service devront être restitués sans frais à l'autorité contractante, sauf les actifs qui n'ont pas été prévus dans les estimations initiales de l'investissement du concessionnaire mais que celui-ci a dû construire ou acquérir conformément à des demandes ultérieures de l'autorité contractante.

11. **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international) remercie l'observateur de la Suède de son analyse très détaillée. Il rappelle néanmoins que la Commission a été instamment engagée à ne pas établir de normes trop rigides quant à ce que devraient être les normes

d'indemnisation dans les différentes situations, certains des arguments pouvant être avancés à cet égard étant sujets à discussion. M. Estrella Faria suggère que le Secrétariat incorpore les observations formulées par l'observateur de la Suède en tant qu'explication de la pratique suivie dans certains pays mais pas comme recommandations.

12. **M. Mazilu** (Roumanie) appuie cette suggestion.

13. **Le Président** considère que la Commission approuve cette suggestion.

14. **M. Maradiaga** (Honduras) pense que le mot "*rescisión*", employé dans la version espagnole du projet de guide pour rendre le mot anglais "*termination*", suscite des difficultés. Dans la traduction de l'expression "*termination for convenience*", par exemple, le mot "*terminación*" serait une expression mieux appropriée.

15. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) souhaiterait savoir pourquoi l'observateur de la Suède considère que le traitement réservé au manque à gagner en cas de résiliation due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres organismes publics devrait être différent à celui qui est appliqué en cas de résiliation au gré de l'autorité contractante ou à la suite d'une défaillance de celle-ci.

16. **M. Lalliot** (France) se demande si la procédure recommandée dans le cas d'événements constituant un empêchement n'équivaut pas à répercuter sur l'autorité contractante l'intégralité du risque des cas de force majeure.

17. Comme le représentant des États-Unis, M. Lalliot ne comprend pas tout à fait la distinction établie entre les deuxième, troisième et quatrième types de résiliation mentionnés.

18. En cas d'expiration normale de l'accord de projet, M. Lalliot considère, avec tout le respect qu'il doit à la délégation suédoise, que l'exposé qui figure dans le projet de guide est plus clair que l'analyse faite par l'observateur de la Suède.

19. **M. Darcy** (Royaume-Uni) pense que la Commission sera peut-être intéressée d'apprendre que, sa politique ayant changé, une autorité contractante britannique vient de résilier à son gré une importante concession. Il informera le Secrétariat des détails concernant l'indemnisation accordée, ce qui pourra constituer un bon exemple concret qui pourrait être inséré dans le guide.

20. **M. Gill** (Inde) estime que la suggestion de l'observateur de la Suède ne paraît pas équilibrée dans la mesure où elle semble imposer une charge plus lourde à l'autorité contractante en matière d'indemnisation et à privilégier le concessionnaire, lequel pourrait apparemment conserver les subventions reçues. Des éclaircissements s'imposent.

21. **M. Wiwen-Nilsson** (observateur de la Suède), en réponse à la dernière observation formulée, explique que ce qu'il a voulu dire, c'est que toute subvention éventuellement reçue serait déduite de la valeur de l'investissement effectué lors du calcul de l'indemnisation due. Cela serait favorable à l'autorité contractante plutôt qu'au concessionnaire.

22. En réponse aux questions posées par les représentants des États-Unis et de la France sur la raison de la distinction établie en ce qui concerne le traitement des cas de résiliation dû à des actes de l'autorité contractante, de résiliation au gré de celle-ci et de résiliation par suite de défaillance de l'autorité contractante, M. Wiwen-Nilsson explique que les actes de l'autorité contractante ou en particulier d'autres organismes publics, comme l'annulation ou le refus d'un permis, sont différents d'une violation de l'accord proprement dite. La résiliation au gré de l'autorité contractante ou par suite d'une défaillance de celle-ci devrait certainement justifier une indemnisation à raison du manque à gagner.

23. En ce qui concerne les "événements constituant un empêchement", la question de savoir si le risque devrait être assumé par le concessionnaire dépendra de la répartition convenue des risques. M. Wiwen-Nilsson n'a pas à l'esprit une clause relative aux cas de force majeure en général.

24. **Le Président** dit qu'il sera pris note de ces explications.

#### *Chapitre VII. Droit applicable (A/CN.9/458/Add.8)*

25. **M. Estella Faria** (Service du droit commercial international) explique que les sections A et B du projet de chapitre VII sont nouvelles mais que la substance des sections C et D figurait dans une version antérieure du projet de chapitre I, concernant les considérations législatives de caractère général, au sujet duquel la Commission a eu une longue discussion à sa trente et unième session (voir les paragraphes 63 à 95 du document A/53/17). L'analyse des autres branches du droit intéressant les projets d'infrastructure à financement privé a maintenant été considérablement développée.

*Considérations générales et droit applicable à l'accord de projet (recommandation 1 et paragraphes 4 et 5)*

26 **M. Lalliot** (France) pense que le chapitre VII est trop ambitieux et entre trop dans le détail à certains égards, par exemple en ce qui concerne les garanties, mais pas dans d'autres domaines, comme celui du droit du travail. La signification de l'intitulé n'est pas claire, tout au moins en français. Les projets d'infrastructure à financement privé sont complexes et sont régis par l'ensemble du droit du pays hôte, qu'il serait tout à fait impossible de traiter en détail dans le guide. Certains des points évoqués, bien qu'intéressants, ne reflètent pas un équilibre aussi judicieux que les autres parties du guide.

27 La recommandation 1 semble avoir un caractère plus déclaratoire qu'opérationnel. Il est probable qu'aucun gouvernement ne pourra indiquer quelles sont, parmi les milliers de dispositions législatives, celles qui sont applicables aux projets d'infrastructure à financement privé.

28 Les paragraphes 3 et 4 des notes semblent contenir essentiellement une mise en garde. Toutefois, M. Lalliot n'est pas satisfait de l'avant-dernière phrase du paragraphe 4 si elle implique que les règles tirées de la jurisprudence, par exemple, ne sont pas obligatoires. Le texte devrait peut-être dire que, dans certains systèmes juridiques, le droit applicable n'est pas nécessairement le droit écrit et n'est pas seulement contenu dans des lois et règlements mais peut découler d'autres sources du droit, comme la jurisprudence.

29 **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) félicite le Secrétariat du travail qu'il a accompli. Il partage en partie l'avis du représentant de la France touchant la recommandation 1, tout en relevant que le texte ne comporte aucune référence au droit international privé ou à l'élection de for.

30 Après le paragraphe 2 des notes, il pourrait être bon d'inclure un nouveau paragraphe pour appeler l'attention sur le chapitre VIII, relatif au règlement des différends.

31 À la quatrième phrase du paragraphe 4, il faudrait ajouter les mots "règles relatives aux" avant les mots "mesures concernant la protection de l'environnement".

32 S'agissant du paragraphe 5, non seulement serait-il difficile d'énumérer toutes les lois qui sont applicables aux

projets d'infrastructure à financement public, mais il est concevable qu'un concessionnaire puisse faire valoir qu'il ne devrait encourir aucune responsabilité découlant d'une loi n'ayant pas été mentionnée. Il faudrait par conséquent indiquer clairement que la liste n'est pas exhaustive. En fait, il serait préférable de traiter de cette question dans une brochure.

33 **M. Darcy** (Royaume-Uni) pense lui aussi que le chapitre pêche par excès d'ambition. Il ne voit pas vraiment pourquoi la question du droit applicable mérite un chapitre distinct; d'autres, comme les questions de réglementation, l'auraient mérité davantage.

34 Les notes contiennent une discussion assez approfondie des questions qui se posent mais leur contenu devrait être abrégé et intégré au chapitre I.

35 **Mme Gioia** (Italie) est d'accord avec ce qui a été dit. Il serait impossible qu'une disposition législative donne une liste exhaustive des textes légaux ou réglementaires régissant l'accord de projet. Elle pense elle aussi que le chapitre est trop ambitieux.

36 **M. Choukri Sbaï** (observateur du Maroc) considère que le chapitre est l'un des plus importants du guide mais que son titre est inapproprié. Il suggère de le modifier de manière qu'il se lise "Droit applicable aux risques du projet".

37 S'agissant de la troisième phrase du paragraphe 4, où il est dit que "l'accord de projet peut, dans certains pays, être soumis au droit administratif, tandis que, dans d'autres, il sera régi par le droit privé", M. Choukri Sbaï fait observer que, souvent, le projet sera soumis à la fois au droit administratif et au droit privé.

*La séance, suspendue à 11 heures, est reprise à 11h30.*

38 **M. Gill** (Inde) souhaiterait savoir si les recommandations 1 et 2 signifient que l'application du droit local peut être exclue et que prêteurs et assureurs, par exemple, pourraient exempter le concessionnaire de l'application du droit local. Il importe de protéger les intérêts des pays en développement.

39 **M. Phua Wee Chuan** (Singapour) convient que le chapitre VII est trop ambitieux et que son titre risque d'induire en erreur étant donné qu'il ne traite pas du droit applicable au sens contractuel mais plutôt des dispositions juridiques internes applicables à l'accord de projet. Il pense lui aussi

qu'il suffirait d'incorporer un résumé du chapitre au chapitre I.

La première partie de la recommandation 1 n'a guère d'utilité étant donné que tous les textes légaux du pays hôte s'appliqueront à l'accord de projet. De plus, avant de conclure un tel accord, le concessionnaire ou le prêteur, dans la pratique, se fera assister par un avocat du pays hôte pour s'enquérir des dispositions légales applicables.

40 S'agissant de la deuxième partie de la recommandation, il serait bon de noter les dispositions identifiant les textes légaux qui ne sont pas applicables. Pour attirer les investisseurs, par exemple, le pays hôte pourra souhaiter exclure l'application de telle ou telle loi fiscale.

41 **M. Lortie** (observateur du Canada) suggère de modifier la recommandation 1 de manière qu'elle se lise comme suit: "Le pays hôte voudra peut-être stipuler que le droit applicable à l'accord de projet est, à moins qu'il n'en soit disposé autrement, le droit du pays hôte".

42 **Mme Nikanjam** (République islamique d'Iran) considère que le chapitre à l'examen contient des suggestions utiles qui peuvent s'appliquer à tous les systèmes juridiques. De l'avis de la délégation iranienne, la Commission devrait adopter le principe général selon lequel le droit régissant l'accord de projet est le droit du pays hôte. Il y a en effet eu des cas dans lesquels des concessionnaires ont essayé de subordonner la conclusion d'un accord de projet à l'acceptation du droit d'un pays étranger en tant que droit applicable. La délégation iranienne serait opposée à ce que les dispositions figurant dans le chapitre VII soient insérées ailleurs.

43 **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que le titre du chapitre risque d'induire en erreur et devrait être modifié. Il ne pense pas que le chapitre doive être abrégé étant donné que, si les dispositions détaillées qui y figurent en étaient absentes, les législateurs risqueraient de se faire une idée erronée du volume de travail à prévoir, des réformes pouvant fort bien s'imposer dans de nombreuses branches du droit. Il est essentiel de créer un climat favorable aux investissements et les 12 domaines envisagés, et peut-être d'autres, sont très importants.

44 S'agissant de la recommandation 1, les pouvoirs publics ont à leur disposition d'importants moyens de pression et ils ne doivent pas sous-estimer leur capacité de résister aux investisseurs qui souhaitent avoir une liberté totale pour ce qui est du choix du droit applicable.

45 La suggestion de l'observateur du Canada est acceptable pour la délégation des États-Unis.

46 **M. Mazilu** (Roumanie) dit que le chapitre VII, s'il est conservé en tant que chapitre distinct, devra recevoir un autre intitulé pour que son objet soit plus clair.

47 **M. Morán Bovio** (Espagne) estime que le chapitre VII est nécessaire et ne doit pas être combiné à d'autres. Sa structure est appropriée pour un guide juridique consacré aux questions concrètes à prendre en considération lors de l'élaboration des contrats. Le projet de chapitre n'appelle pas de modifications majeures et le titre reflète comme il convient son contenu, à savoir les textes législatifs qui régiront les projets d'infrastructure à financement privé.

48 **M. Phua Wee Chuan** (Singapour) fait observer qu'il est de fait que les juristes qui conseillent les pouvoirs publics ne suggéreront jamais l'application d'un droit autre que celui du pays hôte. La Commission a néanmoins pour pratique de reconnaître l'autonomie de la volonté des parties à un contrat. Le Secrétariat pourrait peut-être trouver un libellé qui concilie les deux approches.

49 **M. Wiwen-Nilsson** (observateur de la Suède) déclare que ce que l'on entend par droit applicable, c'est essentiellement le droit régissant les relations contractuelles entre les parties. Dans la plupart des autres domaines, c'est la législation du pays hôte qui s'appliquera. Le titre du chapitre est généralement satisfaisant mais la référence aux mesures de protection de l'environnement et de la santé et à la législation du travail, dans la cinquième phrase du paragraphe 4 des notes, est hors de propos si l'on considère que cette partie des notes a trait au droit régissant l'accord de projet.

50 **M. Lalliot** (France) appuie la modification que l'observateur du Canada a proposé d'apporter à la recommandation 1.

51 **M. Zanker** (Australie) souscrit aux remarques du représentant des États-Unis touchant l'utilité du chapitre étant donné le travail qui devra être mené à bien dans les pays souhaitant encourager les investissements privés dans les projets d'infrastructure, lesquels devront réformer leurs législations internes pour attirer ces investissements. Il n'y a aucun mal pour la Commission à souligner la nécessité éventuelle de réformes dans des domaines comme le droit de la propriété intellectuelle, les sûretés, le droit des sociétés, les pratiques comptables et même le droit des migrations.

52 M. Zanker pense lui aussi que l'intitulé du chapitre devrait être modifié et il pourrait accepter la suggestion de l'observateur du Canada touchant la recommandation 1.

53 **M. Maradiaga** (Honduras) déclare que son pays, qui cherche à mobiliser une assistance pour parer aux effets de la catastrophe qui l'a sinistré, trouvera dans le guide, et spécialement dans son chapitre VII, des instruments utiles qui appuieront les efforts déployés pour offrir aux investisseurs étrangers un cadre juridique sûr. La Commission a fait du bon travail.

54 **M. Markus** (observateur de la Suisse) reconnaît que le chapitre VII est utile mais pense qu'il est passablement ambitieux et pourrait être abrégé.

55 Le libellé de la rubrique précédant la recommandation 1 pourrait peut-être être amélioré. Toutefois, M. Markus peut appuyer la modification que l'observateur du Canada a suggéré d'apporter au texte de la recommandation..

56 **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) pense que le titre de la recommandation 1 devrait être conservé mais que son texte devrait être modifié comme suggéré par la délégation canadienne.

57 Il serait bon, par ailleurs, de mentionner dans les notes la nécessité de tenir dûment compte du principe de l'autonomie de la volonté.

58 **M. Estrella Faria** (Service du droit commercial international) regrette la confusion qu'a pu entraîner l'intitulé du chapitre. Le plus souvent, comme il ressort clairement des paragraphes 3 à 5 des notes, c'est la législation du pays hôte qui s'appliquera. Il n'est pas de l'intention du Secrétariat de suggérer que l'accord lui-même pourrait être soumis à un droit étranger.

59 Le problème des conflits de lois ne se posera que dans le cas de contrats conclus entre le concessionnaire et d'autres parties comme des prêteurs dans la mesure où ces contrats seront souvent, en tout état de cause, soumis à un droit étranger pour avoir été conclus en dehors du pays hôte. La question, bien que périphérique, est évoquée brièvement aux paragraphes 6 à 8 des notes.

60 Pour ce qui est de la recommandation 1, le Secrétariat n'a pas eu l'intention de suggérer qu'il faudrait prévoir une liste exhaustive de toutes les lois qui pourraient s'appliquer à l'accord de projet. Le paragraphe 5 des notes parle des textes

qui "s'appliquent directement" à l'accord. Il pourrait être approprié, par exemple, que les dispositions législatives renvoient au régime général applicable en matière de passation des marchés.

61 En ce qui concerne les textes législatifs ou réglementaires dont l'application est exclue, M. Estrella Faria donne un exemple concret. Dans le cas d'un important projet de transport en Europe, un particulier a contesté en justice le droit du concessionnaire de relever les tarifs, invoquant une disposition du code civil national concernant les prix des services. De ce fait, l'ensemble du montage financier du projet a dû être renégocié étant donné que le tarif avait été ramené à un niveau considéré même par l'autorité contractante comme insuffisant pour permettre le remboursement du prêt et l'amortissement de l'investissement.

62 **M. Al-Nasser** (observateur de l'Arabie saoudite) reconnaît que le chapitre VII est ambitieux, mais fait observer que cela n'est pas un défaut. Il y a lieu de rendre hommage au Secrétariat pour l'excellent travail qu'il a réalisé. Le guide aidera les pays n'ayant qu'une expérience limitée en matière juridique à promulguer des lois modernes.

63 **M. Lalliot** (France) pense que le chapitre pourrait s'intituler par exemple "Certitude juridique nécessaire à la promotion des investissements privés dans l'infrastructure".

64 **M. Meena** (Inde) pense que les branches du droit mentionnées pourraient inclure les dispositions applicables aux routes. Lors des discussions qui ont eu lieu à propos de la privatisation des autoroutes en Inde, les entrepreneurs ont exprimé la crainte que les services gouvernementaux conservent tous les pouvoirs de réglementation de la circulation, alors qu'ils devaient eux-mêmes avoir certains pouvoirs d'empêcher les surcharges et les dommages que cela pouvait causer aux routes.

*La séance est levée à 12h20.*