



Assemblée générale

Distr.: Générale
26 septembre 2002

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-sixième session
Vienne, 30 juin-18 juillet 2003

Rapport du Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé sur les travaux de sa cinquième session

(Vienne, 9-13 septembre 2002)

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1	3
II. Organisation de la session	2-7	3
III. Délibérations et décisions	8-9	4
IV. Remarques générales sur les projets de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé	10-21	4
A. Introduction	10-17	4
B. Lien entre les projets de dispositions types et le Guide législatif	18-21	5
V. Examen des projets de dispositions législatives types	22-140	6
I. Dispositions générales	26-40	8
II. Sélection du concessionnaire	41-140	12
1. Présélection des soumissionnaires	44-62	13
2. Procédure de sollicitation de propositions	63-97	18
3. Négociation de contrats de concession sans procédure de mise en compétition	98-109	26
4. Propositions spontanées	110-125	27



5.	Dispositions diverses	126-140	32
III.	Construction et exploitation de l'infrastructure	141-204	35
IV.	Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession	205-230	48
1.	Durée et prorogation du contrat de concession	205-209	48
2.	Résiliation du contrat de concession	210-224	49
3.	Arrangements lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession	225-230	51
V.	Règlement des différends	231-243	52
Annexe.	Projet de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé		54

I. Introduction

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) rend compte des travaux de la cinquième session du Groupe de travail sur les projets d'infrastructure à financement privé (auparavant dénommé Groupe de travail sur les délais et la prescription dans le domaine de la vente internationale des objets mobiliers corporels).

II. Organisation de la session

2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquième session à Vienne du 9 au 13 septembre 2002. Des représentants des États membres dont les noms suivent y ont participé: Allemagne, Argentine, Autriche, Brésil, Cameroun, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Mexique, Roumanie, Rwanda, Suède et Thaïlande.

3. Des observateurs des pays ci-après ont assisté à la session: Algérie, Antigua-et-Barbuda, Jamahiriya arabe libyenne, Pérou, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Turquie, Ukraine et Yémen.

4. Des observateurs des organisations internationales ci-après ont également assisté à la session: Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, Centre for International Legal Studies, European Law Students' Association et Union des avocats européens.

5. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

Président: Tore Wiwen-Nilsson (Suède)

Rapporteur: Ali Hajigholam Saryazdi (République islamique d'Iran)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.I/WP.28); une note du secrétariat présentant différents aspects liés à l'élaboration de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé (A/CN.9/WG.I/WP.29); deux autres notes contenant un ensemble de projets de dispositions législatives types, établis par le secrétariat en consultation avec des experts externes (A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1 et 2); et le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

8. À sa cinquième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, conformément à une décision prise par la Commission à sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001)¹. Pour ses délibérations, il s'est appuyé sur les deux notes mentionnées au paragraphe 6 ci-dessus (A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1 et 2).

9. Le Groupe de travail a examiné les projets de dispositions et en a approuvé la version qui est annexée au présent rapport. Le secrétariat a été prié de distribuer lesdits projets de dispositions aux États pour commentaire et de les présenter avec les commentaires reçus à la Commission, pour examen et adoption, à sa trente-sixième session (Vienne, 30 juin-18 juillet 2003).

IV. Remarques générales sur les projets de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé

A. Introduction

10. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission a adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, composé de recommandations concernant la législation (A/CN.9/471/Add.9), telles qu'amendées par la Commission à cette session, et des notes correspondantes (A/CN.9/471/Add.1 à 8), dont le secrétariat a été autorisé à établir le texte final en tenant compte des délibérations de la Commission². Le Guide législatif a depuis été publié dans toutes les langues officielles.

11. À la même session, la Commission a aussi examiné une proposition concernant des travaux futurs dans ce domaine. L'avis a été émis que, même si le Guide législatif devait constituer une référence utile pour les législateurs nationaux lors de l'établissement d'un cadre juridique favorable aux investissements privés dans les infrastructures publiques, il serait cependant souhaitable que la Commission formule des orientations plus concrètes sous forme de dispositions législatives types, voire d'une loi type portant sur des questions spécifiques³.

12. Après examen de cette proposition, la Commission a décidé d'étudier à sa trente-quatrième session l'opportunité et la possibilité d'établir une loi type ou des dispositions législatives types sur certaines questions traitées dans le Guide. Pour l'aider à prendre une décision en toute connaissance de cause, le secrétariat a été prié d'organiser un colloque, en coopération avec d'autres organisations internationales ou institutions financières internationales intéressées, en vue de diffuser des informations sur le Guide⁴.

13. Le Colloque sur le thème "Projets d'infrastructure à financement privé: cadre juridique et assistance technique" a été organisé avec le coparrainage et l'assistance organisationnelle du mécanisme d'assistance technique pluridonateur Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), qui a pour vocation d'aider les pays en

développement à améliorer la qualité de leurs infrastructures grâce à la participation du secteur privé. Il s'est tenu à Vienne du 2 au 4 juillet 2001, au cours de la deuxième semaine de la trente-quatrième session de la Commission.

14. À sa trente-quatrième session, la Commission a pris note avec satisfaction des résultats du colloque tels que résumés dans une note du secrétariat (A/CN.9/488). Elle a exprimé sa gratitude au mécanisme PPIAF pour son appui financier et organisationnel, et a remercié les diverses organisations internationales, tant intergouvernementales que non gouvernementales, représentées au Colloque et les orateurs ayant participé à celui-ci.

15. Les différentes vues qui ont été exprimées quant à l'opportunité et à la faisabilité d'une poursuite des travaux de la Commission dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé sont relatées dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-quatrième session⁵. La Commission a convenu qu'il faudrait confier à un groupe de travail le soin de rédiger des dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé. Selon elle, pour que de nouveaux travaux puissent être menés à bien dans un délai raisonnable, il était essentiel de sélectionner un domaine précis parmi les nombreuses questions traitées dans le Guide législatif. En conséquence, il a été décidé que la première session de ce groupe de travail serait consacrée à la définition des questions spécifiques sur lesquelles des dispositions législatives types, susceptibles de faire l'objet d'un additif au Guide législatif, pourraient être formulées⁶.

16. Le Groupe de travail a tenu sa quatrième session à Vienne du 24 au 28 septembre 2001. Il était saisi du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. Il a décidé de prendre comme base de discussion les recommandations concernant la législation figurant dans le Guide législatif. Le Groupe de travail était également saisi du rapport sur le colloque visé au paragraphe 6 (A/CN.9/488).

17. Conformément à une proposition qui avait été faite lors du Colloque (voir A/CN.9/488, par. 19), le Groupe de travail a été invité à porter son attention sur une étape spécifique des projets d'infrastructure, à savoir la sélection du concessionnaire, en vue de formuler des projets précis de dispositions législatives. Néanmoins, le Groupe de travail a estimé que des dispositions législatives types sur divers autres sujets pourraient être souhaitables (voir A/CN.9/505, par. 18 à 174). Il a prié le secrétariat d'élaborer des projets de dispositions législatives types dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé sur la base de ces délibérations et décisions, qui pourraient lui être présentés à sa cinquième session pour qu'il les examine et poursuive le débat. Ces projets de dispositions figuraient dans les notes du secrétariat dont le Groupe de travail était saisi à sa cinquième session.

B. Lien entre les projets de dispositions types et le Guide législatif

18. À sa cinquième session, le Groupe de travail a longuement examiné le lien entre les projets de dispositions types et le Guide législatif. De l'avis général, les dispositions ne s'écartaient pas des orientations et principes sur lesquels reposait le Guide mais avaient plutôt vocation à les compléter. De ce fait, elles ne remplaçaient

pas le Guide dans son ensemble et devaient être interprétées et appliquées à la lumière et avec l'aide des notes explicatives figurant dans celui-ci.

19. Le Groupe de travail a ensuite examiné plus particulièrement le lien entre les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation figurant dans le Guide législatif. Il a observé, à cet égard, que les dispositions abordaient la plupart des questions traitées dans les recommandations. Il a néanmoins constaté que des questions traitées dans certaines recommandations, à savoir les recommandations 1 et 5 à 13, n'étaient abordées dans aucune des dispositions types. Ce simple fait excluait toute possibilité de remplacer l'ensemble des recommandations par les dispositions types.

20. Le Groupe de travail a alors examiné si les dispositions types et les recommandations devraient être présentées sous la forme de deux textes connexes, mais distincts, ou si elles devraient être regroupées en un seul instrument contenant tous les projets de dispositions ainsi que les recommandations pour lesquelles aucun projet de disposition type n'avait été élaboré.

21. Bien que certains participants aient appuyé l'idée de séparer les recommandations et les dispositions types, de manière à montrer plus clairement l'évolution des travaux de la Commission dans ce domaine, il était souhaitable, de l'avis général, d'envisager de les regrouper pour en faciliter l'utilisation. Le secrétariat a été prié de revoir soigneusement à la fois les projets de dispositions types et les recommandations afin de recenser les recommandations traitant de questions qui n'étaient pas abordées dans les dispositions. Ces recommandations devraient ensuite être présentées dans une rubrique distincte figurant dans le même texte que les dispositions types, de sorte que la Commission prenne une décision à leur sujet en connaissance de cause. Le Groupe de travail a recommandé à la Commission d'examiner si les dispositions législatives types, une fois adoptées, devaient annuler et remplacer les recommandations traitant du même sujet. Il est convenu de lui recommander également de faire en sorte que, à condition que des crédits soient prévus au budget des publications, les projets de dispositions types soient regroupés avec le Guide législatif dans un texte unique le plus rapidement possible après leur adoption par elle. Afin toutefois de ne pas en retarder la diffusion et pour éviter que les stocks existants d'exemplaires du Guide ne restent inutilisés, il a été suggéré que la Commission examine si les projets de dispositions types pourraient faire provisoirement l'objet d'une publication distincte, dans laquelle leur lien avec le Guide devrait être indiqué clairement.

V. Examen des projets de dispositions législatives types

Avant-propos

22. Le texte de l'avant-propos était le suivant:

“Les dispositions législatives types qui suivent (ci-après “les dispositions types”) ont été élaborées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en tant qu’additif à son Guide législatif sur les projets d’infrastructure à financement privé (ci-après “le Guide législatif”), qu’elle a adopté en 2000. Elles ont pour objet d’aider plus avant les organes législatifs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d’infrastructure à financement privé. Il est

conseillé de les lire conjointement avec les recommandations concernant la législation et les notes figurant dans le Guide législatif, qui fournissent une analyse des différentes questions (financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres) liées au sujet examiné.

Les dispositions types sont un ensemble de dispositions fondamentales portant sur des questions qu'il importe d'aborder dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d'infrastructure à financement privé. Bien qu'elles renvoient pour la plupart à des recommandations particulières formulées dans le Guide législatif, elles ne couvrent pas tout l'éventail des questions abordées par ces dernières. En particulier, il n'y a aucune disposition type sur des questions administratives ou institutionnelles, comme celles qui sont traitées dans les recommandations 1 et 5 à 13.

Les dispositions types sont conçues pour être appliquées et complétées par des règlements plus détaillés, et les domaines pour lesquels un règlement serait plus approprié qu'une loi sont signalés. Par ailleurs, la réalisation avec succès de projets d'infrastructure à financement privé suppose, au-delà de la mise en place d'un cadre législatif approprié, l'existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu'une économie stable.

Il convient de noter que les dispositions types n'abordent pas d'autres domaines du droit qui ont également un impact sur les projets d'infrastructure à financement privé, mais sur lesquels aucune recommandation n'est formulée dans le Guide législatif, par exemple, la promotion et la protection des investissements, le droit des biens, les sûretés, les règles et procédures d'expropriation, les règles applicables aux marchés publics et le droit administratif, le droit fiscal, la protection de l'environnement et les lois relatives à la protection des consommateurs.

Pour la commodité du lecteur, les intitulés qui précèdent les dispositions types reprennent le plus fidèlement possible les titres des chapitres et recommandations correspondants du Guide législatif. Toutefois, dans un souci d'uniformisation du style, quelques titres ont été modifiés et d'autres ont été ajoutés de manière à refléter le contenu des dispositions auxquelles ils se rapportent”.

23. Le Groupe de travail est convenu de remplacer les termes “compétences techniques” par “compétences techniques, juridiques et financières” dans la dernière phrase du troisième paragraphe, et d'ajouter les mots “le droit général des contrats” avant “les règles applicables aux marchés publics”, dans la dernière phrase du quatrième paragraphe.
24. Le Groupe de travail a également noté qu'il faudrait peut-être revoir les parties de l'avant-propos qui traitent du lien entre les projets de dispositions types et les recommandations concernant la législation qui figurent dans le Guide législatif à la lumière de la décision finale de la Commission en la matière.
25. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond l'avant-propos et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

I. Dispositions générales

Disposition type 1. Préambule

26. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

Variante A

“CONSIDÉRANT qu’il est souhaitable d’établir un cadre législatif pour promouvoir et faciliter les investissements privés dans la construction des infrastructures,

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la loi ci-après:”

Variante B

“CONSIDÉRANT qu’il est souhaitable d’établir un cadre favorable à l’exécution des projets d’infrastructure à financement privé en assurant la transparence, l’équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l’exploitation des infrastructures;

CONSIDÉRANT qu’il est souhaitable de renforcer davantage les principes généraux de transparence, d’économie et d’équité dans l’attribution de contrats par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l’attribution des projets d’infrastructure;

[Autres objectifs que l’État adoptant souhaiterait éventuellement indiquer;]

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la loi ci-après:”

27. Il a été noté qu’à sa quatrième session le Groupe de travail avait reconnu que les deux dispositions figurant dans la recommandation 1 du Guide législatif étaient de nature générale et de ce fait n’étaient pas susceptibles d’être transformées en dispositions législatives. Il avait néanmoins été convenu alors qu’il pourrait être utile, afin de rappeler les grands objectifs devant être poursuivis dans le domaine des infrastructures à financement privé, de conserver la teneur de la recommandation, par exemple dans un préambule ou dans des notes explicatives aux dispositions législatives types que le Groupe de travail pourrait décider d’élaborer (A/CN.9/505, par. 91).

28. On a fait observer que la variante A se fondait sur le contenu de la recommandation 1 uniquement. La variante B était plus élaborée et comportait un alinéa fondé sur le contenu de la recommandation 14, que le Groupe de travail avait également jugé utile de traduire en une disposition législative.

29. De l’avis général, seule la variante B devait être retenue. Outre qu’elle était plus détaillée, elle permettrait aux États adoptants d’insérer d’autres objectifs qu’ils jugeraient éventuellement appropriés.

30. S’agissant du libellé du préambule, il a été convenu d’insérer l’adjectif “législatif” après le mot “cadre”, ainsi que les mots “pour promouvoir et faciliter” avant les mots “l’exécution des projets d’infrastructure à financement privé”. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type tel que complété ci-dessus et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 2. Définitions

31. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme ‘*ouvrage*’ désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population;

b) Le terme ‘*projet d’infrastructure*’ désigne la conception, la construction, la mise en service et l’exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l’expansion ou l’exploitation d’ouvrages existants;

c) Le terme ‘*autorité contractante*’ désigne l’autorité publique qui a le pouvoir de conclure un accord de concession pour l’exécution d’un projet d’infrastructure [conformément aux dispositions de la présente Loi]¹;

d) Le terme ‘*concessionnaire*’ désigne la personne qui exécute un projet d’infrastructure dans le cadre d’un accord de concession conclu avec une autorité contractante;

e) Le terme ‘*accord de concession*’ désigne le ou les contrats juridiquement contraignants conclus entre l’autorité contractante et le concessionnaire qui énoncent les conditions d’exécution d’un projet d’infrastructure;

f) Les termes ‘*soumissionnaire*’ et ‘*soumissionnaires*’ désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection pour l’attribution de projets d’infrastructure²;

g) Le terme ‘*proposition spontanée*’ désigne toute proposition relative à l’exécution d’un projet d’infrastructure qui n’est pas soumise en réponse à une sollicitation de propositions publiée par l’autorité contractante dans le cadre d’une procédure de sélection;

h) Le terme ‘*organisme de réglementation*’ désigne une autorité publique qui est chargée d’édicter et de faire appliquer des règles et des règlements régissant l’ouvrage ou la prestation des services prévus³.

¹ Il est à noter que l’autorité visée dans cette définition est uniquement habilitée à conclure des accords de concession. Suivant le régime réglementaire de l’État adoptant, un organisme distinct, appelé ‘organisme de réglementation’ à l’alinéa h), peut être chargé d’édicter des règles et des règlements régissant la prestation des services prévus.

² Les termes ‘soumissionnaire’ ou ‘soumissionnaires’ désignent, selon le contexte, soit des personnes qui ont sollicité une invitation à participer à une procédure de présélection, soit des personnes qui ont soumis une proposition en réponse à une sollicitation de propositions émanant de l’autorité contractante.

³ Il faudra peut-être définir la composition, la structure et les fonctions de cet organisme de réglementation dans un texte législatif spécial (voir recommandations 7 à 11 et chap. I^{er}, Cadre législatif et institutionnel général, par. 30 à 53).”

32. Le Groupe de travail a noté que, sauf indication contraire, toutes les définitions figurant dans le projet de disposition type provenaient ou étaient inspirées du Guide législatif (voir, en particulier, Guide législatif, “Introduction et informations générales sur les projets d’infrastructure à financement privé”, par. 9 à 20).

Autorité contractante

33. On a fait remarquer que la définition proposée, en reliant la notion d’“autorité contractante” à celle d’“accord de concession”, visait à éviter la difficulté consistant à faire référence à l’entité effectivement responsable de l’exécution de projets d’infrastructure.

Accord de concession

34. Le Groupe de travail a noté que, étant donné la difficulté de proposer une définition du terme “concession” qui serait acceptable par divers systèmes juridiques, le secrétariat avait suggéré de regrouper les notions d’“accord de projet” et de “concession” dans une définition unique. L’emploi du terme “accord de concession” par rapport à la notion correspondante d’“accord de projet”, qui était employée dans le Guide législatif, aurait l’avantage, a-t-on dit, de faciliter l’incorporation des projets de dispositions types dans les systèmes juridiques nationaux, car ce terme, qui dans le passé était employé surtout dans les seuls systèmes de droit romain, l’était de plus en plus également dans les systèmes de *common law*.

35. Le Groupe de travail est donc convenu que des termes comme “accord de concession” ou “contrat de concession” seraient préférables à “accord de projet”. Parmi les différentes variantes proposées, les participants ont finalement exprimé une préférence pour le terme “contrat de concession”, car il était déjà employé dans de nombreux systèmes juridiques et était moins ambigu que le mot “accord”, qui selon certaines délégations convenait davantage dans un contexte de droit public.

36. Il a été dit que les mots “juridiquement contraignants” étaient redondants puisqu’on parlait généralement du principe qu’un contrat revêtirait ce caractère dans la plupart des cas. On a fait observer en réponse que, dans certains systèmes juridiques, l’entité publique concluant le contrat de concession avait le pouvoir d’en modifier unilatéralement les clauses. On jugeait donc utile d’apporter une précision de manière à bien montrer qu’un contrat de concession liait les deux parties également. Le Groupe de travail, se rangeant à cet argument, a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction. Il a prié le secrétariat de revoir l’ensemble du projet de sorte que les autres dispositions législatives types soient modifiées en conséquence.

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des accords de concession

37. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Les autorités publiques ci-après ont le pouvoir de conclure des accords de concession⁴ pour l’exécution de projets d’infrastructure relevant de leur compétence respective: [*l’État adoptant indique les autorités publiques du pays hôte qui sont habilitées à conclure des accords de concession en insérant*

*soit une liste exhaustive ou indicative de ces autorités, soit une liste des types d'autorités concernés soit encore une combinaison des deux*⁵.

⁴ Il est souhaitable d'établir des mécanismes institutionnels afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation des ouvrages du type proposé (voir recommandation 6 et chap. I^{er}, 'Cadre législatif et institutionnel général', par. 23 à 29). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d'appui aux projets d'infrastructure, il peut être utile que les textes correspondants, tels que les lois ou règlements régissant les activités des organismes publics autorisés à fournir un tel appui, indiquent clairement quels sont les organismes habilités en la matière et quelle forme peut revêtir cet appui (voir chap. II, 'Risques de projet et appui des pouvoirs publics').

⁵ Les États adoptants auraient généralement deux possibilités pour compléter la présente disposition type. La première serait d'insérer une liste d'autorités habilitées à conclure des accords de concession, soit dans la disposition elle-même, soit dans une annexe. La seconde serait d'indiquer dans une disposition les niveaux de l'État autorisés à conclure de tels accords, sans désigner nommément les autorités publiques concernées. S'agissant d'un État fédéral, par exemple, cette disposition pourrait mentionner 'l'Union, les États [ou provinces] et les municipalités'. En tout état de cause, il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un règlement d'application de la loi susceptible d'être adopté."

38. Il a été noté que le projet de disposition type se fondait sur la recommandation 2. Le Groupe de travail a approuvé ce projet quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels des accords de concession peuvent être conclus

39. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Des accords de concession peuvent être conclus par les autorités compétentes dans les secteurs suivants: [*l'État adoptant indique les secteurs concernés en insérant une liste exhaustive ou indicative*]⁶.”

⁶ Il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d'application."

40. Il a été noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 4. Le Groupe de travail a approuvé ce projet quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

II. Sélection du concessionnaire

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection

41. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Les projets d’infrastructure sont attribués conformément aux [dispositions types 6 à 26] et, pour les matières non régies ci-après, conformément aux [l’État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces pour l’attribution des marchés publics]”⁷.

⁷ Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du concessionnaire et le cadre législatif général régissant l’attribution des marchés publics dans l’État adoptant. Si certains éléments de compétition structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d’adaptations pour tenir compte des exigences particulières des projets d’infrastructure à financement privé, telles qu’une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des sollicitations de propositions, des critères d’évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s’inspirent dans une large mesure de la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la Commission à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994 (ci-après la ‘Loi type sur la passation des marchés’). Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n’ont pas pour objet de remplacer ni de reproduire la totalité des règles de l’État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d’aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s’appliquant spécialement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu’il existe dans l’État adoptant un cadre général pour l’attribution des marchés publics prévoyant des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type sur la passation des marchés. Aussi n’abordent-elles pas un certain nombre d’aspects procéduraux d’ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C’est le cas, par exemple, des points suivants: modalités de publication des avis, procédures de publication des sollicitations de propositions, conservation des actes et informations concernant la procédure de passation, possibilité de divulguer des informations au public, garanties de soumission et procédures de recours. Lorsqu’il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type sur la passation des marchés qui peuvent, mutatis mutandis, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans le présent chapitre.”

42. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type traduisait les principes sur lesquels reposait la recommandation 14 et que la note qui l’accompagnait était destinée à souligner le lien étroit entre la procédure de sélection du concessionnaire et la législation générale de l’État adoptant régissant l’attribution des marchés publics.

43. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

1. Présélection des soumissionnaires

Disposition type 6. Objet de la présélection et procédure de présélection

44. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. L’autorité contractante [peut engager] [engage] une procédure de présélection afin d’identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet d’infrastructure envisagé.

2. L’invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux [*l’État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*].

3. Dans la mesure où [*l’État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer à la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs*] ne l’exigent pas déjà⁸, l’invitation à participer à la procédure de présélection contient au minimum les renseignements suivants:

a) Une description de l’ouvrage à construire ou à rénové;

b) L’indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l’autorité contractante (par exemple, si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances ou si des fonds publics peuvent être octroyés au concessionnaire sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties); et

c) Lorsqu’elles sont connues, un résumé des principales clauses de l’accord de concession qui sera conclu;

d) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et une heure précises et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes;

e) Le mode et le lieu de soumission des demandes de dossier de présélection.

4. Dans la mesure où [*l’État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le cadre d’une procédure de présélection*], ne l’exigent pas déjà⁹, le dossier de présélection indique au minimum les éléments suivants:

⁸ On trouvera une liste d’éléments qui figurent habituellement dans une invitation à participer à une procédure de présélection au paragraphe 2 de l’article 25 de la Loi type sur la passation des marchés.

⁹ On trouvera une liste d’éléments qui figurent habituellement dans un dossier de présélection au paragraphe 3 de l’article 7 de la Loi type sur la passation des marchés.

- a) Les critères de présélection prévus dans la [disposition type 7];
- b) Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la [disposition type 8] concernant la participation de consortiums;
- c) Si l'autorité contractante a l'intention de demander à un nombre limité¹⁰ seulement de soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément au [paragraphe 2 de la disposition type 9] et, le cas échéant, la façon dont cette sélection sera effectuée;
- d) Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une personne morale indépendante, constituée et incorporée selon les lois du [présent État] conformément à la [disposition type 29].

5. La procédure de présélection est conduite conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite de la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs]¹¹.

¹⁰ Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le Guide législatif (voir chap. III, 'Sélection du concessionnaire', par. 48 et 49). Voir également la note 13.

¹¹ Les paragraphes 2 à 7 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés décrivent différents aspects de la procédure de présélection, notamment la façon dont les demandes d'éclaircissements sont traitées et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante, concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires."

45. Il a été souligné que, bien que le Guide ne contienne aucune recommandation particulière correspondant au paragraphe 1 du projet de disposition type 6, celle-ci était nécessaire pour compléter les autres dispositions concernant la procédure de présélection afin de préciser l'objectif de cette procédure et de poser les règles essentielles la régissant. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type 6 était fondé sur le paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (ci-après appelée "Loi type sur la passation des marchés").

46. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 3 contenait quelques éléments supplémentaires provenant du paragraphe 36 du chapitre III du Guide législatif et que les éléments mentionnés au paragraphe 4 avaient été ajoutés pour assurer la transparence en ce qui concerne les informations importantes visées dans les projets de dispositions types 7 à 9 et 29.

47. Au paragraphe 1, le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "peut engager" et les crochets entourant le mot "engage" afin de souligner le caractère impératif de la disposition.

48. Il a été suggéré de préciser dans le paragraphe 5 que les règles générales de l'État adoptant régissant la présélection des soumissionnaires ne s'appliquaient que dans la mesure où cette question n'était pas traitée dans les paragraphes 1 à 4 du projet de disposition. Le Groupe de travail a accepté cette suggestion.

49. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 7. Critères de présélection

50. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Pour être admis à la procédure de sélection, les soumissionnaires intéressés doivent satisfaire aux critères¹² justifiables objectivement que l'autorité contractante juge appropriés pour la procédure envisagée, tels qu'ils sont indiqués dans le dossier de présélection. Ces critères sont au minimum les suivants:

a) Posséder les qualifications professionnelles et techniques, les ressources humaines, les équipements et autres moyens matériels nécessaires pour mener à bien toutes les phases du projet, notamment la conception, la construction, l'exploitation et la maintenance;

b) Être en mesure de gérer les aspects financiers du projet et de faire face sur le long terme aux besoins de financement pour ce projet;

c) Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'ouvrages similaires.

¹² Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Les différents problèmes posés par les préférences nationales sont examinés dans le Guide législatif (voir chap. III, 'Sélection du concessionnaire', par. 43 et 44). Ce dernier indique que les pays souhaitant offrir des incitations aux fournisseurs nationaux peuvent éventuellement appliquer ces préférences sous la forme de critères d'évaluation spéciaux au lieu d'exclure systématiquement les fournisseurs étrangers. En tout état de cause, lorsque des préférences nationales sont envisagées, elles devraient être annoncées à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.”

51. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type 7 était fondé sur le contenu de la recommandation 15.

52. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 8. Participation de consortiums

53. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications

conformément à la [disposition type 7] concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants.

2. Sauf [autorisation contraire de ... [l'État adoptant indique l'autorité compétente] et] indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium¹³. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.

3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en considération les capacités des différents membres du consortium et détermine si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

¹³ L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet."

54. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 du projet de disposition type était fondé sur la recommandation 16 et que le paragraphe 2 réaffirmait pour l'essentiel l'approche restrictive adoptée par la CNUDCI dans son Guide législatif de manière que chacun des membres d'un consortium admis ne puisse participer, directement ou par l'intermédiaire de filiales, qu'à une seule soumission pour le projet. On a souligné toutefois que la référence, au paragraphe 2, à la possibilité d'une exception visait à assouplir la règle, car il pouvait y avoir des cas où aucun projet ne pourrait être exécuté sans une certaine société, en raison de ses compétences particulières.

55. Le Groupe de travail a noté que les paragraphes 1 et 2 avaient été ajoutés pour refléter l'avis figurant au chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphe 40, du Guide législatif.

56. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

57. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. L'autorité contractante prend une décision sur les qualifications de chaque soumissionnaire ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans le dossier de présélection. Tous les soumissionnaires présélectionnés sont ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions conformément aux [dispositions types 10 à 16].

2. Nonobstant le paragraphe 1, l'autorité contractante peut, à condition d'avoir fait une déclaration appropriée à cet effet dans le dossier de présélection, se réserver le droit de solliciter des propositions uniquement d'un nombre limité¹⁴ de soumissionnaires répondant le mieux aux critères de présélection une fois la procédure de présélection terminée. À cette fin, elle note les soumissionnaires qui satisfont aux critères de présélection en se fondant sur les critères appliqués pour évaluer leurs qualifications et établit [une liste restreinte] [la liste définitive] des soumissionnaires qui seront invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée. En établissant la liste restreinte, l'autorité contractante applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans le dossier de présélection.

3. L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié.

¹⁴ Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le Guide législatif (voir chap. III, 'Sélection du concessionnaire', par. 48). Il convient de noter que le système de notation est uniquement utilisé pour la présélection des soumissionnaires. Les notes attribuées aux soumissionnaires présélectionnés ne devraient pas être prises en considération lors de la phase d'évaluation des propositions (voir disposition type 15), pour laquelle tous les soumissionnaires présélectionnés devraient partir sur un pied d'égalité.'

58. On a indiqué que, bien qu'il n'y ait pas de recommandation spécifique à laquelle corresponde le contenu du paragraphe 1 du projet de disposition type, cette disposition semblait nécessaire pour préciser de quelle manière devait être prise une décision sur les qualifications des soumissionnaires. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition s'inspirait du paragraphe 5 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés.

59. Le Groupe de travail a noté également que le paragraphe 2 du projet de disposition type était fondé sur la recommandation 17 et le paragraphe 3 sur la recommandation 25.

60. En ce qui concerne le paragraphe 2, on a été d'avis que les adjectifs "restreinte" et "définitive" figurant entre crochets n'étaient pas nécessaires, dans un texte législatif, pour qualifier la liste des soumissionnaires qui seraient ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions. Partageant cet avis, le Groupe de travail a prié le secrétariat de modifier, si nécessaire, le projet de disposition en conséquence.

61. Selon une opinion, le paragraphe 3 aurait peut-être davantage sa place dans un autre projet de disposition législative type, car, en règle générale, l'autorité contractante demandait aux soumissionnaires de confirmer leurs qualifications à un stade ultérieur de la procédure de sélection. Le Groupe de travail a pris note de cette opinion et a décidé de revenir sur la question après avoir examiné les projets de dispositions types relatifs à la sélection du concessionnaire.

62. Compte tenu des commentaires et avis formulés ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

2. Procédure de sollicitation de propositions

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

63. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. L'autorité contractante fournit un exemplaire de la sollicitation [définitive] de propositions et des documents connexes publiés conformément à la [disposition type 11] à chaque soumissionnaire présélectionné qui en acquitte le prix éventuellement demandé.

2. Nonobstant ce qui précède, l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés lorsqu'[il ne lui est pas possible] [elle n'estime pas possible] de décrire dans la sollicitation de propositions les caractéristiques du projet, telles que le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les arrangements financiers ou les clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives.

3. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent:

a) Les soumissionnaires sont invités, dans la sollicitation initiale de propositions, à soumettre, lors de la première étape de la procédure, des propositions initiales concernant le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les besoins de financement ou d'autres caractéristiques du projet ainsi que les principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante¹⁵;

b) L'autorité contractante peut convoquer des réunions et tenir des discussions avec l'un quelconque des soumissionnaires afin de clarifier certains points concernant la sollicitation initiale de propositions ou les propositions initiales et les documents joints présentés par les soumissionnaires;

¹⁵ Dans de nombreux cas, en particulier pour de nouveaux types de projets, il se peut que l'autorité contractante ne soit pas en mesure, à ce stade, d'élaborer un projet détaillé des clauses contractuelles qu'elle envisage. Elle peut aussi juger préférable de rédiger ces clauses uniquement après une première série de consultations avec les soumissionnaires présélectionnés. Quoi qu'il en soit, il est important qu'elle donne, à ce stade, des indications sur les principales clauses contractuelles de l'accord de concession, en particulier sur la manière dont les risques de projet devraient être répartis entre les parties dans le cadre de cet accord. Si cette répartition des droits et obligations contractuels est laissée entièrement ouverte jusqu'après la publication de la sollicitation définitive de propositions, les soumissionnaires peuvent chercher à réduire au minimum les risques qu'ils acceptent, ce qui peut aller à l'encontre de l'objectif d'un financement privé du projet (voir chap. III, 'Sélection du concessionnaire', par. 67 à 70; voir également chap. II, 'Risques de projet et appui des pouvoirs publics', par. 8 à 29).”

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser la sollicitation initiale de propositions en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement initiaux, ou encore d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans cette sollicitation de même qu'en y ajoutant d'autres caractéristiques ou critères. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives;

d) Durant la deuxième étape de la procédure, l'autorité contractante invite les soumissionnaires à soumettre des propositions définitives correspondant à un ensemble unique de spécifications du cahier des charges, d'indicateurs de résultats ou de clauses contractuelles conformément aux [dispositions types 11 à 16].

64. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1, qui reflétait l'objet de la recommandation 18, s'inspirait de l'article 26 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés et que les paragraphes 2 et 3 étaient fondés sur la recommandation 19.

65. On a souligné que l'alinéa a) du paragraphe 3 faisait référence aux "principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante", et non simplement aux "clauses contractuelles proposées", pour ne pas donner l'impression que l'on attendrait d'une autorité contractante qu'elle ait élaboré des documents détaillés relatifs au contrat à ce stade précoce du processus de sélection. L'alinéa b) du paragraphe 3 était une version légèrement modifiée de l'alinéa b) de la recommandation 19, qui avait été aligné sur le texte de l'analyse faite au paragraphe 57 du chapitre III du Guide législatif pour indiquer clairement que tous les soumissionnaires ne participeraient pas nécessairement aux réunions convoquées à ce stade. L'alinéa c) du paragraphe 3 précisait l'alinéa c) de la recommandation 19 en énonçant les éléments auxquels il était fait référence au paragraphe 58 du chapitre III du Guide législatif. L'alinéa d) du paragraphe 3, qui était fondé sur le paragraphe 4 de l'article 46 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés, avait été ajouté pour préciser la séquence des actions pendant la première phase de la procédure.

66. Le Groupe de travail est convenu que l'adjectif "définitive" n'était pas nécessaire après le mot "sollicitation", ni au paragraphe 1 ni dans d'autres dispositions types.

67. S'agissant du paragraphe 2, il a été convenu de supprimer les mots "il ne lui est pas possible" figurant entre crochets et de conserver les mots "elle n'estime pas possible" sans les crochets.

68. On a suggéré qu'à des fins de transparence et de responsabilisation, l'autorité contractante soit tenue de conserver des procès-verbaux de toute réunion convoquée ou de toute discussion tenue avec des soumissionnaires, dans lesquels seraient consignés les points soulevés par ces derniers et les éclaircissements fournis par elle. Le Groupe de travail a approuvé cette suggestion et a prié le groupe de

rédaction d'élaborer un texte supplémentaire dans ce sens devant être inséré à l'alinéa b) du paragraphe 3.

69. Toujours à des fins de transparence et de responsabilisation, mais aussi pour limiter la possibilité de changements abusifs visant à favoriser certains soumissionnaires, on a proposé que l'autorité contractante soit tenue d'indiquer dans les actes et informations relatifs à la procédure de sélection, qu'elle doit conserver comme prévu dans le projet de disposition type 25, les motifs de toute modification apportée aux éléments de la sollicitation de propositions conformément à l'alinéa c) du paragraphe 3. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition et a prié le groupe de rédaction d'élaborer un texte supplémentaire dans ce sens devant être inséré dans cet alinéa.

70. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type tel que modifié ci-dessus et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation définitive de propositions

71. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Dans la mesure où [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur des sollicitations de propositions] ne l'exigent pas déjà¹⁶, la sollicitation définitive de propositions comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions¹⁷;

b) Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante concernant les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement¹⁸;

c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante, avec indication des clauses considérées comme non négociables;

d) Critères d'évaluation des propositions et seuils éventuellement fixés par l'autorité contractante pour identifier les propositions non conformes; importance relative à accorder à chaque critère d'évaluation; et manière d'appliquer ces critères et seuils dans l'évaluation et le rejet des propositions.

¹⁶ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une sollicitation de propositions relatives à des services à l'article 38 de la Loi type sur la passation des marchés.

¹⁷ On trouvera une liste d'éléments à fournir au chapitre III, 'Sélection du concessionnaire', paragraphes 61 et 62.

¹⁸ Voir chap. III, 'Sélection du concessionnaire', par. 64 à 66.”

72. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 20. On a indiqué que, compte tenu de la deuxième phrase de la recommandation 26 et de l'analyse faite, au chapitre III, paragraphe 69, du Guide législatif, l'alinéa c) exigeait que la sollicitation de propositions comporte une indication des clauses considérées comme non négociables par l'autorité contractante. L'alinéa d) contenait une référence spécifique aux seuils fixés pour évaluer les propositions, dont il était question à la recommandation 24.

73. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

[Disposition type 12. Garanties de soumission]

74. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. [La sollicitation de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission demandée.]

2. [Un soumissionnaire ne perd pas la garantie de soumission qu'il a pu être tenu de fournir sauf dans les cas suivant¹⁹:

a) Retrait ou modification d'une proposition après la date limite de soumission des propositions et, si cela est prévu dans la sollicitation de propositions, avant la date limite;

b) Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément à la [*disposition type 16*];

c) Défaut de présentation d'une meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément au [*par. 2 de la disposition type 16*];

d) Défaut de signature de l'accord de concession alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée;

e) Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution de l'accord de concession après l'acceptation de la proposition ou manquement, avant la signature de l'accord de projet, à toute autre condition spécifiée dans la sollicitation de propositions.]

¹⁹ On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 32 de la Loi type sur la passation des marchés.”

75. Il a été indiqué au Groupe de travail qu'à l'issue de consultations entre le secrétariat et des experts, on avait estimé qu'il pourrait être utile d'inclure un projet de disposition type sur les garanties de soumission, dans l'esprit de l'analyse faite au chapitre III, paragraphe 62, du Guide législatif et de l'alinéa f) du paragraphe 1 de l'article 37 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. On a fait observer que ce projet de disposition type avait été placé entre crochets, car il n'y avait pas de recommandation spécifique sur ce sujet.

76. Le Groupe de travail a jugé ledit projet de disposition utile, car les circonstances dans lesquelles les soumissionnaires risquaient de perdre leur garantie de soumission pouvaient différer selon qu'il s'agissait d'une procédure de sélection pour l'exécution d'un projet d'infrastructure à financement privé ou de la passation d'autres types de marchés. Il est donc convenu de supprimer les crochets entourant la disposition.

77. Par souci de clarté, le Groupe de travail est convenu que l'alinéa b) du paragraphe 2 devrait renvoyer au paragraphe 1 du projet de disposition type 16.

78. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type tel que modifié ci-dessus et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications

79. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, revoir et, selon qu'il convient, réviser la sollicitation définitive de propositions en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement, ou d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans la sollicitation de propositions, de même qu'en y ajoutant des caractéristiques ou des critères. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la sollicitation définitive de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.”

80. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 21 et que le texte qui avait été ajouté visait à préciser la portée des modifications pouvant être apportées à la sollicitation de propositions.

81. On a exprimé l'avis que l'ajout apporté au projet de disposition, par rapport à la recommandation 21, semblait élargir excessivement le droit qu'avait l'autorité contractante de modifier la sollicitation de propositions. Si ce droit était en soi considéré comme nécessaire dans une procédure aussi complexe que la sélection d'un concessionnaire pour un projet d'infrastructure, il n'en fallait pas moins, a-t-on déclaré, compléter les projets de dispositions de manière à indiquer clairement que l'autorité contractante devrait avoir des raisons objectives d'apporter de telles modifications. Cette précision était jugée importante pour réduire les risques de changements destinés uniquement à favoriser certains soumissionnaires.

82. Le Groupe de travail dans son ensemble a reconnu la nécessité de faire en sorte que le libellé du projet de disposition type assure la transparence et ne donne pas lieu à des abus de la part de l'autorité contractante. On a toutefois estimé qu'il ne serait pas souhaitable d'ajouter une disposition exigeant que toute modification de la sollicitation de propositions soit “justifiable objectivement”, car une telle restriction risquait d'inciter les soumissionnaires à contester les changements apportés. Ayant considéré les vues exprimées et conscient qu'il fallait rappeler aux autorités contractantes la nécessité de ne pas modifier inutilement les éléments essentiels de la sollicitation de propositions, le Groupe de travail est convenu que toute l'énumération figurant dans la première phrase du projet de disposition type devrait être remplacée par un renvoi au projet de disposition 11. Il est également convenu, à des fins de transparence, que l'autorité contractante devrait être tenue d'indiquer dans les actes et informations relatifs à la procédure de sélection, qu'elle devait conserver comme prévu dans le projet de disposition type 25, les motifs de toute modification apportée au contenu de la sollicitation de propositions conformément au projet de disposition 13.

83. Sous réserve des modifications ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 14. Critères d'évaluation

84. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques²⁰ incluent au minimum les éléments suivants:

- a) Rationalité technique et environnementale;
- b) Faisabilité opérationnelle;
- c) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.

2. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales²¹ incluent, selon qu'il convient:

a) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, prix unitaires et autres charges proposés;

b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante propose d'effectuer, le cas échéant;

c) Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur courante des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance;

d) L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, d'une autorité publique du [*présent État*];

e) La rationalité des arrangements financiers proposés;

f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions;

g) Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

²⁰ Voir chap. III, 'Sélection du concessionnaire', par. 74.

²¹ Voir chap. III, 'Sélection du concessionnaire', par. 75 à 77.”

85. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait les recommandations 22 et 23, qui avaient été fusionnées afin de faciliter la lecture du texte.

86. On a indiqué qu'il avait été suggéré, à l'issue de consultations avec des experts, de déplacer le texte de l'alinéa d) de la recommandation 22, “le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions”, et de l'insérer parmi les aspects commerciaux des propositions (recommandation 23). Ce texte a donc été inséré en tant qu'alinéa g) au paragraphe 2 du projet de disposition type 14, même si dans le Guide législatif, “le potentiel de développement socioéconomique offert par les dispositions” figurait parmi les critères d'évaluation des aspects techniques de la proposition [voir chap. III, par. 74 f)].

87. Le Groupe de travail a noté que l'alinéa f) du paragraphe 2 avait été aligné sur l'alinéa c) du projet de disposition type 11.

88. Sous réserve de modifications de forme, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

89. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. L'autorité contractante compare et évalue chaque proposition conformément aux critères d'évaluation, à l'importance relative accordée à chacun d'eux et à la procédure d'évaluation prévue dans la sollicitation de propositions.

2. Aux fins du paragraphe 1, l'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils sont considérées comme non conformes et sont écartées de la procédure de sélection²².

²² La présente disposition type donne un exemple de procédure d'évaluation susceptible d'être appliquée par une autorité contractante pour comparer et évaluer des propositions concernant des projets d'infrastructure à financement privé. D'autres procédures, telles que le processus d'évaluation en deux temps ou le système à deux enveloppes, sont décrites au chapitre III, 'Sélection du concessionnaire' (par. 79 à 82) du Guide législatif. Contrairement à la procédure prévue dans la présente disposition, elles sont censées permettre à l'autorité contractante de comparer et d'évaluer les critères non financiers indépendamment des critères financiers afin d'éviter des situations où une importance excessive serait accordée à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers. Pour assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité de la phase d'évaluation de la procédure de sélection, il est recommandé à l'État adoptant d'indiquer dans sa législation les méthodes que les autorités contractantes peuvent employer pour comparer et évaluer les propositions ainsi que leurs modalités d'application.”

90. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 24. On a indiqué que l'intitulé avait été modifié afin de rendre plus fidèlement compte de la portée du projet de disposition type. Une nouvelle disposition avait été ajoutée au paragraphe 1 afin de rendre plus claire la séquence des mesures à prendre par l'autorité contractante pour évaluer les propositions.

91. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 15 bis. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères

92. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait faire du paragraphe 3 du projet de disposition législative 9 une disposition législative distincte à insérer entre les projets de disposition législative 15 et 16 de façon à faire clairement ressortir que l'autorité contractante serait fréquemment amenée à demander, après la fin de la phase de présélection, au soumissionnaire la confirmation que ses qualifications correspondaient bien aux critères. Afin de préciser les critères de qualification que l'autorité contractante devrait utiliser dans cette situation, il a été proposé d'ajouter à la nouvelle disposition législative type une note reprenant sur le fond la dernière phrase du paragraphe 6 de l'article 34 de la Loi type sur la passation des marchés publics.

93. Le Groupe de travail a souscrit à cette proposition, a approuvé le projet de disposition type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 16. Négociations finales

94. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes et invite à une négociation finale du contrat de concession le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

2. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat de concession, elle informe ce dernier de son intention d'y mettre fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive. Si le soumissionnaire ne présente pas une offre acceptable par l'autorité contractante dans le délai prescrit, celle-ci met fin aux négociations avec lui. Elle invite ensuite à des négociations le soumissionnaire ayant obtenu la deuxième meilleure note; si les négociations avec ce dernier n'aboutissent pas à un contrat de concession, elle invite alors les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à un contrat de concession ou rejette toutes les propositions restantes. L'autorité contractante ne reprend pas des négociations avec un soumissionnaire auxquelles elle a mis fin conformément au présent paragraphe.”

95. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait les recommandations 26 et 27 qui avaient été fusionnées afin de faciliter la lecture du texte. Il a également noté que, conformément à des suggestions qui avaient été faites au secrétariat lors de consultations avec des experts de l'extérieur, le paragraphe 2 avait été remanié de façon à prévoir que l'autorité contractante devait, avant de mettre fin aux négociations, informer les soumissionnaires de son intention et leur demander de présenter dans un certain délai leur “meilleure offre définitive”. On a fait observer que ce remaniement allait dans le sens du paragraphe 8 de l'article 48 et du paragraphe 4 de l'article 49 de la Loi type sur la passation des marchés publics.

96. On a suggéré de supprimer, dans la troisième phrase du paragraphe 2, les mots “le soumissionnaire ayant obtenu la deuxième meilleure note; si les négociations avec ce dernier n'aboutissent pas à un accord de concession, elle invite alors” ainsi que les mots “à des négociations” figurant entre les mots “soumissionnaires” et “dans l'ordre ...”, afin d'améliorer la lisibilité de la disposition sans en modifier le fond.

97. Le Groupe de travail a souscrit à cette suggestion, a approuvé le projet de disposition type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

3. Négociation de contrats de concession sans procédure de mise en compétition

Disposition type 17. Circonstances autorisant l'attribution d'un projet sans procédure de mise en compétition

98. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“[Sous réserve de l’approbation de ... [l’État adoptant indique l’autorité compétente]]²³, l’autorité contractante est autorisée à négocier un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [dispositions types 6 à 16], dans les cas suivants:

a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d’assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d’ouvrir les procédures prévues dans les [dispositions types 6 à 16], à condition que les circonstances à l’origine de cette urgence n’aient pu être prévues par l’autorité contractante et n’aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsque le projet est de courte durée et que l’investissement initial escompté ne dépasse pas le montant [de ...] [l’État adoptant spécifie un montant maximum] [prévu dans ...] [l’État adoptant indique les dispositions de sa législation qui spécifient le montant au-dessous duquel un projet d’infrastructure à financement privé peut être attribué sans recours à une procédure de mise en compétition]²⁴;

c) Lorsque le projet concerne la défense ou la sécurité nationales;

d) Lorsqu’une seule source est en mesure de fournir le service demandé, par exemple lorsque la prestation du service exige l’utilisation d’un droit de propriété intellectuelle ou d’un autre droit exclusif dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession;

e) En cas de propositions spontanées du type visé dans [disposition type 22];

²³ Soumettre l’attribution de la concession sans recours à une procédure de mise en compétition à l’approbation d’une autorité supérieure vise à faire en sorte que l’autorité contractante n’engage des négociations directes avec des soumissionnaires que dans les circonstances appropriées (voir chap. III, ‘Sélection du concessionnaire’, par. 85 à 96). C’est pourquoi la disposition type propose que l’État adoptant indique quelle autorité est compétente pour autoriser des négociations dans tous les cas prévus par elle. L’État adoptant peut néanmoins fixer différentes conditions d’approbation pour chaque alinéa de la disposition. Dans certains cas, par exemple, il peut prévoir que le pouvoir d’engager de telles négociations découle directement de la loi. Dans d’autres, il peut subordonner les négociations à l’approbation de différentes autorités supérieures, selon la nature des services à fournir ou le secteur d’infrastructure concerné. L’État adoptant devra peut-être alors adapter la disposition type en ajoutant la condition d’approbation particulière requise à l’alinéa correspondant ou bien en ajoutant une référence aux dispositions de sa législation qui fixent ces conditions.

²⁴ Au lieu d’exclure la procédure de mise en compétition dans le cas visé à l’alinéa b), l’État adoptant peut envisager d’élaborer une procédure simplifiée de sollicitation de propositions, par exemple en appliquant les procédures décrites à l’article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

f) Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsqu'aucune proposition n'a satisfait aux critères d'évaluation [énoncés dans la sollicitation de propositions] et lorsque, de l'avis de l'autorité contractante, la publication d'une nouvelle invitation à la procédure de présélection et d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet, dans les délais voulus, à condition que les clauses de tout contrat de concession ainsi négocié entre les parties [soient conformes aux] [ne s'écartent pas du] cahier des charges et [des] clauses contractuelles initialement transmis avec la sollicitation de propositions;

g) Dans d'autres cas où [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] autorise une telle exception pour des raisons [impérieuses] d'intérêt général [ou dans d'autres cas de la même nature exceptionnelle, tels que définis par la loi]²⁵.

²⁵ Les États adoptants qui jugent souhaitable d'autoriser le recours à des procédures négociées au cas par cas souhaitent peut-être conserver l'alinéa g) lorsqu'ils appliqueront la disposition type. Les États adoptants qui souhaitent limiter les exceptions au recours à des procédures de sélection avec mise en compétition préféreront peut-être quant à eux ne pas l'inclure."

99. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 28.

100. Le Groupe de travail est convenu, afin d'éviter que le recours aux négociations directes ne donne lieu à des abus, de supprimer les crochets figurant à la première et à la deuxième ligne, de sorte que l'approbation de l'autorité compétente serait nécessaire dans tous les cas prévus par le projet de disposition législative type.

101. En ce qui concerne l'alinéa a), on a indiqué que les ajouts qui avaient été opérés l'avaient été compte tenu de la teneur de l'alinéa a) du paragraphe 89 du chapitre III du Guide législatif.

102. Pour ce qui est de l'alinéa b), le Groupe de travail est convenu de retenir les deux variantes figurant entre crochets.

103. En ce qui concerne l'alinéa f), on a indiqué qu'à la suite des consultations que le secrétariat avait eues avec des experts de l'extérieur, on avait précisé dans la disposition que les négociations faisant suite à des tentatives infructueuses d'engagement d'une procédure de mise en compétition ne devaient pas s'écarter du cahier des charges ni des clauses contractuelles initiaux. Cette précision devait constituer un garde-fou supplémentaire en vue d'empêcher toute manipulation du processus de sélection. On a toutefois objecté que le nouveau texte serait inopérant car les mots qui avaient été ajoutés réduiraient considérablement le champ d'application de la disposition. On a aussi émis l'avis que le mieux était de supprimer purement et simplement cet alinéa si l'objectif était d'éviter qu'il soit abusivement recouru aux négociations directes. Le Groupe de travail a toutefois préféré conserver l'alinéa, mais en supprimant les mots qui avaient été ajoutés. Parmi les solutions possibles pour assurer la transparence des négociations menées conformément à cet alinéa, il en est une qui a recueilli un large appui, à savoir exiger de l'autorité contractante qu'elle indique dans le dossier qu'elle était tenue de conserver en vertu de la disposition type 25 les raisons qui l'avaient amenée à

s'écarter du cahier des charges et des clauses contractuelles initiaux. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait ajouter à l'alinéa f) une note apportant cette précision.

104. S'agissant de l'alinéa g), il avait été suggéré, à la dernière session du Groupe de travail, d'élargir la portée de la disposition en ajoutant le membre de phrase "ou dans d'autres cas de la même nature exceptionnelle, tels que définis par la loi" (voir A/CN.9/505, par. 63). Le Groupe de travail a été invité à décider si cet ajout, qui avait été inséré dans le projet de disposition type, était vraiment nécessaire, ou si la première partie de l'alinéa g) couvrait déjà cette possibilité. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait conserver ces mots, mais que ceux-ci devraient figurer dans la note se rapportant à cet alinéa et non pas dans le corps du texte. Le Groupe de travail est également convenu de supprimer les crochets entourant le mot "impérieuses".

105. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 18. Procédures de négociation d'un contrat de concession

106. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Lorsqu'elle négocie un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [*dispositions types 6 à 16*], l'autorité contractante²⁶:

a) Sauf pour les contrats de concession négociés conformément à [*l'alinéa c) de la disposition type 17*], fait publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un contrat de concession conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de toute législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis*];

b) Mène des négociations avec un nombre aussi grand que possible de personnes qu'elle juge capables d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

c) Fixe des critères d'évaluation en fonction desquels les propositions seront évaluées et classées.

²⁶ Un certain nombre d'éléments destinés à accroître la transparence dans les négociations engagées conformément à la présente disposition type sont examinés au chapitre III, 'Sélection du concessionnaire', par. 90 à 96."

107. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 29. On a indiqué que la teneur de l'alinéa c) de la recommandation 29 avait été intégrée à la disposition générale concernant l'avis d'attribution du projet (disposition type 24).

108. Le Groupe de travail est convenu que l'alinéa b) impliquait que le soumissionnaire avec lequel l'autorité contractante engageait des négociations directes devrait avoir apporté la preuve qu'il remplissait certains critères de qualification. Afin d'accroître la transparence en cas d'attribution d'un contrat de

concession sans procédure de mise en compétition, il a été convenu d'ajouter une note se rapportant à cet alinéa qui apporterait cette précision.

109. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type sur le fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

4. Propositions spontanées²⁷

Disposition type 19. Admissibilité des propositions spontanées

110. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“À titre d'exception aux [*dispositions types 6 à 16*], l'autorité contractante²⁸ est autorisée à examiner des propositions spontanées conformément aux procédures prévues dans les [*dispositions types 20 à 22*], à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé des procédures de sélection.

²⁷ Les considérations de politique générale sur les avantages et les inconvénients des propositions spontanées sont exposées au chapitre III, 'Sélection du concessionnaire', paragraphes 98 à 100. Les États qui souhaitent autoriser les autorités contractantes à examiner de telles propositions voudront peut-être recourir aux procédures décrites dans les dispositions types 22 à 24.

²⁸ La disposition type part du principe que c'est l'autorité contractante qui est habilitée à examiner des propositions spontanées. Toutefois, suivant la réglementation de l'État adoptant, un organe indépendant de celle-ci peut être chargé d'examiner de telles propositions ou de déterminer, par exemple, si une proposition spontanée est dans l'intérêt général. En pareil cas, l'État adoptant devrait étudier soigneusement la façon dont les fonctions d'un tel organe doivent éventuellement être coordonnées avec celles de l'autorité contractante (voir les notes 1, 3 et 23, ainsi que les références qui y sont mentionnées).”

111. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type se fondait sur le contenu de la recommandation 30, a approuvé ce projet quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 20. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

112. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante fait savoir rapidement à son auteur si le projet est considéré ou non comme présentant un intérêt général²⁹.

²⁹ Pour déterminer si un projet proposé est dans l'intérêt général, il faut examiner soigneusement ses avantages potentiels pour la population ainsi que le lien entre le projet et la politique de l'État dans le secteur d'infrastructure concerné. Afin d'assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité des procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées, il peut être souhaitable que l'État adoptant donne, dans un règlement ou dans d'autres textes, des indications concernant les critères qui seront utilisés pour déterminer si une proposition spontanée est dans l'intérêt général, et qui pourraient comprendre des critères permettant d'évaluer l'adéquation des arrangements contractuels et le caractère raisonnable de la répartition proposée des risques.”

2. Si le projet est considéré comme présentant un intérêt général conformément au paragraphe 1, l'autorité contractante invite l'auteur de la proposition à lui communiquer autant d'informations sur le projet proposé qu'il est possible à ce stade pour lui permettre d'évaluer correctement les qualifications de l'auteur et la faisabilité technique et économique du projet et de déterminer si le projet est susceptible d'être exécuté avec succès de la manière proposée dans des conditions acceptables par elle. À cette fin, l'auteur soumet une étude de faisabilité technique et économique, une étude d'impact sur l'environnement et des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition.

3. Lorsqu'elle examine une proposition spontanée, l'autorité contractante respecte les droits de propriété intellectuelle, les secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs qui sont contenus dans la proposition, qui en découlent ou y sont mentionnés. En particulier, elle n'utilise aucune information publiée ou fournie par l'auteur ou en son nom en rapport avec sa proposition spontanée à d'autres fins que l'évaluation de cette proposition, sauf consentement de l'auteur. [Sauf convention contraire des parties], l'autorité contractante, en cas de rejet de la proposition, restitue à son auteur l'original et toute copie des documents qu'il a soumis et préparés [, sur papier ou sous forme électronique,] durant la procédure.

113. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type se fondait sur les recommandations 31 et 32. On a indiqué que le paragraphe 3 complétait la recommandation 32 en vue de préciser les relations entre les droits de propriété intellectuelle de l'auteur de la proposition et l'utilisation par l'autorité contractante des informations fournies par celui-ci.

114. Pour ce qui est du paragraphe 1, on a fait observer qu'à un stade aussi précoce de l'examen d'une proposition spontanée il n'était pas possible de déterminer de manière définitive si un projet présentait ou non un intérêt général. Il conviendrait davantage de parler, aux paragraphes 1 et 2, d'une conclusion préliminaire de l'autorité contractante dans laquelle la proposition serait considérée comme présentant un intérêt général "potentiel". Le Groupe de travail a abondé dans ce sens.

115. Le Groupe de travail est convenu de compléter le paragraphe 2 d'une note indiquant que l'État pourrait, s'il le souhaite, énoncer, éventuellement dans des dispositions réglementaires spéciales, les critères à utiliser pour évaluer les qualifications de l'auteur de la proposition, lesquels pourraient s'inspirer des critères mentionnés dans le projet de disposition type 7.

116. Le Groupe de travail a estimé qu'il faudrait exprimer plus clairement le lien entre l'obligation, énoncée dans la première phrase du paragraphe 3, de protéger les droits de propriété intellectuelle, les secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs de l'auteur de la proposition et l'obligation faite à l'autorité contractante, dans la deuxième phrase, de ne pas utiliser des informations protégées révélées par ce dernier. Il est donc convenu de remplacer les mots "en particulier" figurant au début de la deuxième phrase par la locution "par conséquent". Il est en outre convenu d'enlever les crochets entourant les mots "sauf convention contraire des parties", dans la troisième phrase, et de supprimer les mots entre crochets "sur papier ou sous forme électronique", jugés superflus.

117. Sous réserve des amendements ci-dessus et d'autres modifications de forme, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 21. Propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés

118. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. À l'exception des cas prévus dans la [disposition type 17], l'autorité contractante, si elle décide d'exécuter le projet, entame une procédure de sélection conformément aux [dispositions types 6 à 16] lorsqu'elle considère que:

a) L'exécution du projet est possible sans l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle ou d'un autre droit exclusif dont l'auteur de la proposition a la propriété ou la possession; ou

b) Le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent.

2. L'auteur de la proposition est invité à participer à la procédure de sélection entamée par l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 et peut bénéficier d'une incitation ou d'un avantage similaire [suivant les modalités décrites par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions] en contrepartie de l'élaboration et de la soumission de la proposition.”

119. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type se fondait sur le contenu de la recommandation 33.

120. Aux fins d'harmonisation, le Groupe de travail a décidé que les mots “droits de propriété intellectuelle, secrets professionnels ou autres droits exclusifs”, qui figuraient au paragraphe 3 du projet de disposition type 20, devraient également être employés dans l'intitulé de la disposition type 21 et à d'autres endroits du projet. Il est également convenu de remplacer la conjonction “ou” par “et” pour relier les alinéas a) et b) du paragraphe 1, car les conditions énoncées dans ces alinéas devaient être cumulatives.

121. Sous réserve des amendements ci-dessus et d'autres modifications de forme, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 22. Propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés

122. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. Si l’autorité contractante considère que les conditions énoncées aux [*disposition type 21, par. 1 a) ou b)*] ne sont pas remplies, elle n’est pas tenue de mener une procédure de sélection conformément aux [*dispositions types 6 à 16*]. Elle peut néanmoins rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée conformément aux dispositions énoncées aux paragraphes 2 à 4³⁰.

2. Lorsque l’autorité contractante a l’intention de rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée, elle publie une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d’autres parties intéressées à soumettre des propositions dans [un délai raisonnable] [*l’État adoptant indique un certain délai*].

3. Si aucune proposition n’est reçue dans [un délai raisonnable] [le délai spécifié au paragraphe 2 ci-dessus] en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, l’autorité contractante peut entamer des négociations avec l’auteur de la proposition originale.

4. Si l’autorité contractante reçoit des propositions en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, elle invite les auteurs de ces propositions à des négociations conformément aux dispositions énoncées dans la [*disposition type 18*]. Si elle reçoit un nombre suffisamment important de propositions, qui paraissent à première vue répondre à ses besoins en matière d’infrastructures, l’autorité contractante demande que lui soient soumises des propositions conformément aux [*dispositions types 10 à 16*], sous réserve de toute incitation ou d’autre avantage dont peut bénéficier la personne ayant soumis la proposition spontanée conformément au [*par. 2 de la disposition type 21*].

³⁰ L’État adoptant souhaitera peut-être envisager d’adopter une procédure spéciale pour l’examen des propositions spontanées entrant dans le champ d’application de la présente disposition type, en prenant éventuellement modèle, mutatis mutandis, sur la procédure de sollicitation de propositions décrite à l’article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.”

123. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type se fondait sur le contenu des recommandations 34 et 35.

124. Le Groupe de travail est convenu que l’intitulé et le texte du projet de disposition devraient être alignés sur le projet de disposition type 21.

125. Sous réserve des changements ci-dessus, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

5. Dispositions diverses

Disposition type 23. Confidentialité des négociations

126. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L’autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation des informations qui y figurent aux soumissionnaires concurrents. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre

l'autorité contractante et un soumissionnaire conformément [au paragraphe 3 de la disposition type 10, aux dispositions types 16, 17, 18 ou au paragraphe 3 de la disposition type 22] sont confidentielles. [Sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige,] Aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne, en dehors de ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants, des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'elle a reçues concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées sans le consentement de l'autre partie."

127. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type se fondait sur le contenu de la recommandation 36. Il a été précisé que la première phrase était tirée de l'article 45 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. La référence aux "mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants" avait été ajoutée pour éviter une interprétation trop restrictive du projet de disposition.

128. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets autour des mots "sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige" figurant dans la troisième phrase du projet de disposition. On s'est demandé, à propos de cette phrase, si le mot "court" en anglais ne désignait que les organes judiciaires ou s'il pouvait aussi englober les tribunaux arbitraux. On a signalé à cet égard que certaines institutions administrant des procédures d'arbitrage étaient parfois appelées "arbitration courts" (tribunaux arbitraux) et que certains systèmes juridiques admettaient l'arbitrage des litiges liés à la passation de marchés. Il a été répondu que rien dans le projet de disposition type n'empêchait l'État adoptant d'en élargir expressément le champ d'application aux tribunaux arbitraux ou de l'interpréter dans ce sens, si cette interprétation était acceptable dans sa législation interne. En tout état de cause, le projet de disposition type dans sa rédaction actuelle était censé se référer aux juridictions étatiques et non aux tribunaux arbitraux.

129. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 24. Avis d'attribution du projet

130. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"À l'exception des projets d'infrastructure attribués conformément à [l'alinéa c) de la disposition type 17], l'autorité contractante fait publier un avis d'attribution du projet conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis d'attribution de marchés]. Cet avis désigne le concessionnaire et comporte un résumé des principales clauses de l'accord de concession."

131. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type s'inspirait de la recommandation 37.

132. Sous réserve de modifications de forme, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 25. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

133. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L'autorité contractante conserve dûment les informations liées aux procédures de sélection et d'attribution conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conservation des actes et informations liés aux procédures de passation]³¹.”

³¹ La nature des informations à conserver pour les différents types de procédures d'attribution envisagés dans les dispositions types, ainsi que la mesure dans laquelle ces informations peuvent être accessibles au public, devront peut-être être indiquées dans un règlement que l'État adoptant prendra pour appliquer la disposition type, lorsque sa législation sur la passation des marchés ne prévoit aucune règle sur ce point. Ces questions sont examinées au chapitre III, ‘Sélection du concessionnaire’, paragraphes 120 à 126. Les éléments d'information à conserver sont indiqués à l'article 11 de la Loi type sur la passation des marchés.”

134. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type s'inspirait de la recommandation 38.

135. Il a été déclaré que des dispositions législatives exigeant la conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution étaient essentielles pour assurer la transparence et la responsabilité dans la procédure de sélection. On a reconnu que le projet de disposition type serait beaucoup trop détaillé si l'on y insérait tous les éléments mentionnés aux paragraphes 120 à 126 du chapitre III du Guide législatif. Il a été dit toutefois que le projet de disposition type devrait recommander avec plus d'insistance aux États adoptants de revoir leur législation pour veiller à ce qu'elle tienne compte des règles de transparence internationalement reconnues. Le Groupe de travail, après avoir examiné plusieurs propositions faites dans ce sens, est finalement convenu de conserver tel quel le texte du projet de disposition mais de reformuler la note de bas de page à peu près comme suit:

“La nature des informations à conserver pour les différents types de procédures d'attribution envisagés dans les dispositions types, ainsi que la mesure dans laquelle ces informations peuvent être accessibles au public, sont examinées au chapitre III, ‘Sélection du concessionnaire’, paragraphes 120 à 126. Les éléments d'information à conserver sont également indiqués à l'article 11 de la Loi type sur la passation des marchés. Si ces questions ne sont pas traitées de façon adéquate par la législation de l'État adoptant, celui-ci devrait adopter des dispositions législatives appropriées à cette fin.”

136. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type tel que complété ci-dessus et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 26. Procédures de recours

137. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Un soumissionnaire qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la loi à l'autorité contractante peut introduire un recours contre les actes ou omissions

de l'autorité contractante conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les recours contre les décisions prises dans le cadre des procédures de passation]³².

³² Les éléments d'un mécanisme de recours adéquat sont examinés au chapitre III, 'Sélection du concessionnaire', paragraphes 127 à 131. Ils figurent également au chapitre VI de la Loi type sur la passation des marchés."

138. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type s'inspirait de la recommandation 39.

139. Pour bien montrer combien il importait de disposer de moyens de recours appropriés, considérés comme indispensables à une procédure de sélection équitable, le Groupe de travail est convenu d'ajouter, à la fin de la note de bas de page, une phrase indiquant que, si la législation de l'État adoptant ne prévoyait pas de mécanisme de recours adéquat, celui-ci devrait envisager d'adopter les dispositions législatives nécessaires à cette fin.

140. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type tel que complété ci-dessus et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

III. Construction et exploitation de l'infrastructure

Disposition type 27. Contenu de l'accord de concession

141. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Le contrat de concession comporte des dispositions sur des questions que les parties estiment appropriées, telles que:

a) La nature et la portée des travaux devant être réalisés et des services devant être fournis par le concessionnaire [*voir chap. IV, par. 1*];

b) Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du concessionnaire découlant du contrat de concession [*voir recommandation 5*];

c) L'assistance que l'autorité contractante peut fournir au concessionnaire pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure [*voir recommandation 6*];

d) Toutes prescriptions relatives à la constitution d'une personne morale et à son capital minimum conformément à la [*disposition type 29*] [*voir recommandation 42 et projet de disposition type 29*];

e) La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux [*dispositions types 30 à 32*] [*voir recommandations 44 et 45 et projets de dispositions types 30 à 32*];

f) La rémunération du concessionnaire, en particulier et s'il y a lieu, le droit du concessionnaire de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou des services qu'il fournit; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de ces redevances ou droits;

et tous versements, le cas échéant, pouvant être faits par l'autorité contractante ou une autre autorité publique [voir recommandations 46 et 48];

g) Les procédures d'examen et d'approbation, par l'autorité contractante, de l'ouvrage, des études techniques, plans et spécifications et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage [voir recommandation 52];

h) L'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective de ce service, sa continuité et sa fourniture dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers [voir recommandation 53 et projet de disposition type 37];

i) Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux devant être réalisés et les services devant être fournis par le concessionnaire et les conditions auxquelles ainsi que la mesure dans laquelle l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent juger appropriées pour veiller à ce que l'ouvrage soit correctement exploité et à ce que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables [voir recommandation 54 b)];

j) La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme de réglementation, selon le cas, des rapports et d'autres informations sur ses activités [voir recommandation 54 a)];

k) Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en liaison avec les alinéas h) et i) ci-dessus, y compris toute indemnité à laquelle le concessionnaire pourrait avoir droit [voir chap. IV, par. 73 à 76];

l) Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui [voir recommandation 56];

m) Les garanties de bonne exécution que le concessionnaire est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure [voir recommandation 58 a) et b)];

n) Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie [voir recommandation 58 e)];

o) La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans l'accord de concession en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable [voir recommandation 58 d)];

p) La durée du contrat de concession et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation [voir recommandation 61];

q) Les modalités de calcul de l'indemnité en application de la [disposition type 46] [voir recommandation 67];

r) Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends pouvant surgir entre l'autorité contractante et le concessionnaire [voir recommandations 41 et 69 et projets de dispositions types 28 et 48].”

142. À sa quatrième session, le Groupe de travail avait prié le secrétariat d'élaborer un avant-projet de disposition type énumérant les questions fondamentales devant être abordées dans l'accord de projet (voir A/CN.9/505, par. 114).

143. Afin de donner suite à cette demande, le projet de disposition type énumérait un certain nombre de questions devant être abordées dans l'accord de projet. Certaines de ces questions faisaient aussi l'objet de projets de dispositions types qui leur étaient consacrés. D'autres, en revanche, concernaient des recommandations à propos desquelles le Groupe de travail n'avait pas demandé l'élaboration de dispositions législatives types.

144. L'opinion selon laquelle la liste de questions à inclure éventuellement dans le contrat de concession devait être indicative et non pas exhaustive a été appuyée. On a fait observer que les éléments énumérés dans le projet de disposition type ne couvriraient pas nécessairement tous les types de concession en toutes circonstances. On a aussi fait observer que les parties devaient être libres de se mettre d'accord sur les questions les plus appropriées compte tenu des besoins et des impératifs particuliers du projet d'infrastructure dont il était question, et que le projet de disposition type donnait une indication utile des éléments essentiels du contrat de concession.

145. À l'encontre de ce point de vue, on a fait valoir que le contrat de concession, tel qu'envisagé dans le projet de disposition type, avait pour objet la prestation par une entité privée de services destinés au public. Dès lors que le contrat de concession touchait à des questions d'intérêt général, le projet de disposition type devait indiquer au moins les questions qui, pour des raisons liées à l'intérêt général, ne pouvaient pas faire l'objet d'une dérogation conventionnelle. On a, toutefois, objecté que cela amènerait à se demander si les contrats qui ne comportaient pas tous les éléments énoncés dans le projet de disposition type pourraient être remis en question ou déclarés nuls, résultat qui, a-t-on largement estimé, n'était pas souhaitable.

146. Après un débat, il a été suggéré de remanier le membre de phrase liminaire de façon qu'il rende mieux l'idée que la liste, même si elle énumérait des questions fondamentales, n'était pas censée ne souffrir aucune exception. Dans ce but et par souci d'harmonisation des différentes versions linguistiques, le Groupe de travail est convenu de remplacer, dans la version anglaise, le mot “including” par les mots “such as”. Il est convenu que ce texte n'était pas censé suggérer qu'un contrat qui ne contiendrait pas l'un quelconque des éléments énumérés dans le projet de disposition type serait nul, et ce sans préjudice de l'éventuelle responsabilité interne des agents de l'autorité contractante, question qui était laissée aux lois nationales des États adoptants et n'entrait pas dans le champ d'application des projets de dispositions types.

147. S'agissant de l'alinéa f), on a noté que dans certains pays, la perception par le concessionnaire de redevances ou de droits auprès des utilisateurs en rémunération des services fournis était un élément constitutif de la concession. Il a donc été

suggéré de supprimer les mots “s’il y a lieu” qui figuraient à la première ligne. On a objecté que l’intention, dans le projet de disposition type, était de donner au législateur des indications du contenu possible du contrat de concession et non pas de réenoncer les éléments de la notion de concession dans tel ou tel système juridique. Afin de faire mieux ressortir le caractère indicatif de l’alinéa, il a été convenu de remplacer le membre de phrase “en particulier et s’il y a lieu, le droit du concessionnaire de demander, recevoir ou percevoir des” par les termes “qu’elle consiste en”.

148. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 28. Droit applicable

149. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Le contrat de concession est régi par la loi du présent État [sauf stipulation contraire dans le contrat de concession]³³.”

³³ Les systèmes juridiques apportent diverses réponses à la question de savoir si les parties à un contrat de concession peuvent choisir comme droit applicable à l’accord un droit autre que celui du pays hôte. En outre, comme cela est indiqué dans le Guide législatif (voir chap. IV, ‘Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet’, par. 5 à 8), dans certains pays, le contrat de concession peut être soumis au droit administratif, tandis que dans d’autres il sera régi par le droit privé (voir aussi Guide législatif, chap. VII, ‘Autres domaines pertinents du droit’, par. 24 à 27). Le droit applicable comprend également les règles d’autres branches du droit qui s’appliquent aux différentes questions pouvant surgir pendant l’exécution d’un projet d’infrastructure (voir de manière générale le Guide législatif, chap. VII, ‘Autres domaines pertinents du droit’, sect. B).”

150. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 41.

151. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets figurant dans le projet de disposition type.

152. On a noté que dans certains cas, en particulier dans celui des contrats de concession conclus en vertu de traités d’investissement bilatéraux, le contrat entre l’autorité contractante et le concessionnaire pourrait être régi par le droit international public et non pas par le droit de l’État adoptant. On a suggéré de remanier le libellé du projet de disposition type de sorte que ces cas soient aussi couverts. Le Groupe de travail n’a néanmoins pas souscrit à cette suggestion. L’opinion qui l’a emporté a été que la dernière phrase de la note se rapportant au projet de disposition type, qui renvoyait au chapitre VII du Guide législatif, serait suffisante pour guider les États adoptants sur ce point.

153. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type sur le fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 29. Organisation du concessionnaire

154. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L’autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois du [présent État], à

condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de proposition, selon le cas. Toute prescription relative au capital minimum d'une telle personne morale ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes desdits statuts sont énoncées dans le contrat de concession."

155. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond les recommandations 42 et 43.

156. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 30. Propriété des biens³⁴

157. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"Le contrat de concession précise, [lorsque c'est nécessaire et] selon qu'il convient, les biens qui sont ou seront la propriété de l'État et ceux qui sont ou seront la propriété privée du concessionnaire. Il indique en particulier ceux qui appartiennent aux catégories suivantes:

a) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire est tenu, lorsqu'il y a lieu, de restituer ou transférer à l'autorité contractante ou à une autre entité indiquée par celle-ci conformément aux clauses du contrat de concession;

b) Les biens, le cas échéant, que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au concessionnaire; et

c) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire peut conserver ou dont il peut disposer à l'expiration ou à la résiliation du contrat de concession.

³⁴ La participation du secteur privé aux projets d'infrastructure peut prendre diverses formes, les infrastructures pouvant être détenues et exploitées entièrement par une entité publique ou totalement privatisées, avec de nombreuses variantes possibles entre ces deux extrêmes (voir 'Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé', par. 47 à 53). Ces options générales déterminent habituellement l'approche législative de la propriété des biens liés au projet (voir chap. IV, 'Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet', par. 20 à 26). Quelles que soient la politique générale ou la politique sectorielle du pays hôte, le régime de propriété des divers biens en question devrait être clairement défini et fondé sur une autorité législative suffisante. La clarté à cet égard est importante, car elle influera directement sur l'aptitude du concessionnaire à constituer des sûretés sur les biens du projet pour obtenir un financement de ce dernier (ibid., par. 52 à 61). Conformément à l'approche souple adoptée par divers systèmes juridiques, la disposition type n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante, mais permet de faire une distinction entre les biens qui doivent être transférés à cette dernière, les biens qu'elle peut acheter si elle le souhaite, et les biens qui restent la propriété privée du concessionnaire."

158. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type 30 reprenait sur le fond la recommandation 44.

159. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots figurant entre crochets "lorsque c'est nécessaire et", jugeant qu'ils étaient superflus. Pour la même raison, il a aussi décidé de supprimer les mots "lorsqu'il y a lieu" figurant à l'alinéa a).

160. L'opinion selon laquelle le membre de phrase "à l'expiration ou à la fin du contrat de concession" devrait être ajouté aux alinéas b) et c) a recueilli un certain appui. On a, toutefois, objecté que ce libellé risquait de réduire la souplesse du texte initial. La situation visée à l'alinéa b), par exemple, pourrait aussi se présenter pendant l'exécution du contrat de concession. Le Groupe de travail est donc convenu de maintenir tel quel le texte, et d'ajouter à la fin de la note se rapportant à cette disposition le membre de phrase "à l'expiration ou à la fin du contrat de concession", suivi des mots "ou à tout autre moment", étant entendu qu'il serait peut-être nécessaire de réexaminer où il conviendrait d'insérer ces nouveaux termes.

161. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 31. Acquisition du site du projet

162. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses de l'accord de concession [acquiert] [met à la disposition du concessionnaire] ou, selon qu'il convient, aide le concessionnaire à acquérir les droits relatifs au site du projet, y compris le titre de propriété du site, nécessaires à l'exécution du projet.

2. Toute expropriation de terrain pouvant être requise pour l'exécution du projet est effectuée conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent l'expropriation de biens privés par les autorités publiques pour des motifs d'intérêt général*] et aux clauses du contrat de concession."

163. Par souci de clarté et afin de réduire le nombre d'options offertes aux États adoptants sans pour autant toucher au fond de la disposition, le Groupe de travail est convenu de supprimer, au paragraphe 1, le mot "acquiert" ainsi que les crochets entourant les mots "met à la disposition du concessionnaire". Compte tenu de ces modifications, le Groupe de travail est convenu de remplacer l'intitulé initial de la disposition type par l'intitulé suivant: "Acquisition de droits relatifs au site du projet".

164. En ce qui concerne le paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu de supprimer le membre de phrase "et aux clauses du contrat de concession", car, de l'avis général, toute acquisition obligatoire devrait être effectuée conformément au droit de l'État adoptant et non conformément aux clauses du contrat de concession.

Disposition type 32. Servitudes³⁵

165. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Le concessionnaire [est] [se voit] autorisé à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou y installer des équipements, selon qu’il convient et selon les besoins de l’exécution du projet [conformément à (*l’État adoptant indique les dispositions de son droit qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient ses entreprises de service public et exploitants d’infrastructure en vertu de ses lois*)].

³⁵ Le droit de traverser une propriété adjacente à des fins liées au projet ou pour y effectuer des travaux peut être acquis par le concessionnaire directement ou d’office par une autorité publique en même temps que le site du projet. Une solution quelque peu différente pourrait être de prévoir que la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l’exploitation et de la maintenance d’infrastructures publiques (voir chap. IV, ‘Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet’, par. 30 à 32). La variante proposée dans la première série de crochets, dans la Disposition type, vise à refléter ces options.”

166. Par souci de cohérence, le Groupe de travail est convenu de remplacer la notion d’“autorisation” par celle de “droit”. Il est par ailleurs convenu de supprimer les crochets entourant la fin du projet de disposition type.

Disposition type 33. Arrangements financiers

167. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Le concessionnaire a le droit de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l’utilisation de l’ouvrage ou des services qu’il fournit. L’accord de concession prévoit des méthodes et formules de fixation et d’ajustement de ces redevances ou droits [conformément aux règles établies par l’organisme de réglementation compétent]³⁶.

³⁶ Les péages, droits ou autres sommes perçus par le concessionnaire, désignés dans le Guide législatif par le terme ‘redevances’ peuvent être, en l’absence de subventions ou de versements de l’autorité contractante ou d’autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d’amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, ‘Risques de projet et appui des pouvoirs publics’, par. 30 à 60). Le coût auquel les services publics sont fournis constitue généralement l’un des éléments de la politique d’infrastructure de l’État et une question d’un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C’est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles de droit générales définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être ‘raisonnables’, ‘équitables’ ou ‘justes’ (voir chap. IV, ‘Construction et exploitation de l’infrastructure: cadre législatif et accord de projet’, par. 36 à 46).”

168. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 46.

169. Il a été demandé s’il était nécessaire que cette question fasse l’objet d’une disposition distincte étant donné que l’alinéa f) du projet de disposition type 27

traitait déjà de la rémunération du concessionnaire, qui était l'un des éléments devant être prévus dans l'accord de projet. Il a été répondu que le Groupe de travail, à sa quatrième session, avait décidé qu'une disposition distincte énonçant le droit du concessionnaire de demander des redevances ou de percevoir des droits pour l'utilisation de l'ouvrage était nécessaire (voir A/CN.9/505, par. 129). Une telle disposition était particulièrement importante étant donné que, dans un certain nombre de pays, le concessionnaire pouvait avoir besoin, pour ce faire, d'une autorisation administrative préalable.

170. Sous réserve que, dans la première phrase du texte anglais, les mots "has the right" soient remplacés par les mots "shall have the right", le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 34. Sûretés

171. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. Sous réserve de restrictions pouvant être indiquées dans l'accord de concession³⁷, le concessionnaire a le droit de constituer, sur l'un quelconque de ses biens ou droits, y compris sur ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, y compris, en particulier, les suivantes:

a) Sûreté sur les biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet;

b) Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

2. Les actionnaires du concessionnaire ont le droit de nantir les actions qu'ils obtiennent de la société concessionnaire ou de constituer sur elles toute autre sûreté;

3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela n'est pas autorisé par la loi du [*présent État*].

³⁷ Ces restrictions peuvent, en particulier, concerner l'exécution des droits relatifs aux biens du projet d'infrastructure."

172. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 49.

173. Le Groupe de travail est convenu de remplacer, au paragraphe 3, les mots "n'est pas autorisé" par les mots "est interdit". Sous réserve de cette modification, il a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 35. Cession de l'accord de concession

174. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Sauf disposition contraire dans la [disposition type 34], les droits et obligations du concessionnaire découlant de l'accord de concession ne peuvent [, en totalité ou en partie,] être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. L'accord de concession énonce les conditions auxquelles l'autorité contractante [peut donner] [donne] son consentement à une cession des droits et obligations du concessionnaire découlant de l'accord de concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de cette dernière et la production par lui de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service.”

175. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 50.

176. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots “en totalité ou en partie” apparaissant entre crochets, car il a estimé qu'ils avaient davantage leur place dans un contrat que dans un texte législatif. Il est convenu en outre de supprimer les mots “peut donner” apparaissant entre crochets et de supprimer les crochets entourant le mot “donne” dans la première phrase.

177. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 36. Transfert d'un intérêt majoritaire³⁸ dans la société concessionnaire

178. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Sauf disposition contraire dans l'accord de concession, un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire ne peut être transféré à des tiers sans l'assentiment de l'autorité contractante. L'accord de concession énonce les conditions dans lesquelles cet assentiment [peut être] [est] donné.”

³⁸ La notion d'“intérêt majoritaire” fait généralement référence au pouvoir de nommer la direction d'une société et d'influencer ou de déterminer son activité. Différents critères peuvent être utilisés dans divers systèmes juridiques ou même dans différents corps de règles au sein du même système, allant de critères formels attribuant un intérêt majoritaire au propriétaire d'une certaine proportion (le plus souvent plus de 50 %) du nombre total combiné de voix attribuées à toutes les catégories d'actions d'une société à des critères plus complexes tenant compte de la structure de direction effective d'une société. Les États adoptants qui n'ont pas de définition réglementaire d'“intérêt majoritaire” peuvent avoir besoin de définir ce terme dans des règlements d'application de la Disposition type.”

179. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 51.

180. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots “ peut être” apparaissant entre crochets ainsi que les crochets entourant le mot “est” dans la deuxième phrase. Sous réserve de cette modification, il a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 37. Exploitation de l'infrastructure

181. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. L'accord de concession énonce, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

- a) La modification du service afin de répondre à la demande de ce service;
- b) La continuité du service;
- c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers;
- d) L'accès non discriminatoire, selon qu'il convient, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le concessionnaire.

[2. Le concessionnaire a le droit de publier et de faire appliquer les règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation.]”

182. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 du projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 53. Il a été souligné que le paragraphe 2, qui reflétait la teneur de la recommandation 55, avait été ajouté entre crochets sur les conseils d'experts extérieurs, bien que le Groupe de travail ait estimé, à sa quatrième session, qu'une disposition type concernant cette question n'était pas nécessaire (voir A/CN.9/505, par. 144).

183. Le Groupe de travail a réexaminé la question de l'opportunité d'inclure une disposition type traitant du droit du concessionnaire de publier et de faire appliquer des règles concernant l'utilisation de l'ouvrage. Il a été fait observer que certains pays qui avaient recours depuis longtemps à la concession de services publics reconnaissaient au concessionnaire le pouvoir d'établir des règles destinées à faciliter la fourniture du service (telles que des instructions à l'intention des usagers ou des règles de sécurité), de prendre des mesures raisonnables pour faire respecter ces règles et de suspendre la fourniture du service en cas d'urgence ou pour des raisons de sécurité. Toutefois, étant donné le caractère essentiel de certains services publics, une autorisation législative peut parfois être nécessaire pour que ce pouvoir puisse être exercé par une entité autre que le gouvernement. Le Groupe de travail est donc convenu qu'il était utile de conserver sans les crochets la disposition contenue dans le paragraphe 3.

184. Le Groupe de travail a donc approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 38. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation

185. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L'accord de concession énonce la mesure dans laquelle le concessionnaire a droit à une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de cet accord, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de

changements dans la législation ou la réglementation spécifiquement applicable à l'ouvrage ou au service qu'il fournit."

186. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 58 c). On a indiqué qu'un certain nombre d'éléments avaient été ajoutés dans le projet de disposition type compte tenu de la teneur du débat récapitulé aux paragraphes 121 à 130 du chapitre IV du Guide législatif.

187. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 39. Révision du contrat de concession

188. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

Variante A

"1. Sans préjudice de [*la disposition type 38*], le contrat de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de:

- a) Changements dans la situation économique ou financière; ou
- b) Changements apportés à la législation ou à la réglementation autres que ceux mentionnés dans [*la disposition type 38*].

2. [Sauf stipulation contraire du contrat de concession], il ne peut être accédé à une demande de révision du contrat de concession faite en vertu du paragraphe 1 que si les changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire:

- a) Surviennent après la conclusion du contrat;
- b) Sont indépendants de la volonté du concessionnaire; et
- c) Sont de nature telle qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire les ait pris en considération lors de la négociation du contrat de concession ou en ait évité ou surmonté les conséquences.

3. Le contrat de concession établit des procédures de révision des clauses qu'il contient en cas de tels changements."

Variante B

"Sans préjudice de [*la disposition type 38*], le contrat de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de changements dans la situation économique ou financière ou de changements apportés à la législation ou à la réglementation autres que ceux mentionnés dans [*la disposition type 38*]."

189. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 58 c). On a indiqué qu'un certain nombre d'éléments avaient été ajoutés dans le projet de disposition type compte tenu de la teneur du débat qui était récapitulé aux paragraphes 121 à 130 du chapitre IV du Guide législatif.

190. On a noté qu'il n'y avait pas de différence sur le fond entre le paragraphe 1 de la variante A et la variante B. On a déclaré que, comme les questions qui faisaient l'objet du paragraphe 2 de la variante A étaient normalement traitées dans le contrat de concession et non dans la législation, seule la variante B devrait être retenue. La variante A devrait être supprimée, et son paragraphe 3 devrait être ajouté à la nouvelle disposition en tant que paragraphe 2. On a estimé qu'en remaniant ainsi les dispositions, on simplifierait le texte sans rien enlever au fond ni omettre aucun élément essentiel.

191. Selon un autre point de vue, même s'il était vrai que la variante B reprenait sur le fond la variante A sous une forme plus succincte, les deux variantes devaient être conservées. À tout le moins, le paragraphe 2 de la variante A devait être maintenu car il apportait aux États adoptants des indications importantes concernant les circonstances qui pourraient entraîner une révision du contrat de concession. Ces indications étaient d'autant plus importantes que la révision d'un contrat par suite d'une situation difficile avait un caractère exceptionnel.

192. Après un débat, l'avis a été que l'on pourrait concilier les deux points de vue en supprimant la variante B et en insérant les alinéas a), b) et c) du paragraphe 2 de la variante A au paragraphe 1 de cette même variante et en les faisant précéder des mots "et à condition que". Une telle modification simplifierait le projet de disposition type, ferait mieux apparaître le rapport entre les paragraphes 1 et 2 de la variante A et laisserait intact le fond du paragraphe 2 de la variante A. Le Groupe de travail a souscrit à cette suggestion.

193. En ce qui concerne le paragraphe 1, on a suggéré de remplacer, aux première et deuxième lignes, les mots "peut également énoncer" par les mots "énonce également" et aux deuxième et troisième lignes les mots "a le droit d'en demander la révision" par les mots "a le droit d'en obtenir la révision". On a noté que ce libellé simplifierait le projet de disposition type et serait plus proche, à la fois sur le fond et dans la forme, de la recommandation 58 c). Le Groupe de travail a souscrit à cette suggestion.

194. Afin de mieux faire ressortir la différence entre le projet de disposition type 38 et le projet de disposition type 39, on a suggéré de remplacer, à l'alinéa b) du paragraphe 1 de ce dernier, les mots "autres que ceux mentionnés dans la [disposition type 38]" par les mots "qui ne sont pas spécifiquement applicables à l'ouvrage ou au service qu'il fournit". Le Groupe de travail a souscrit à cette suggestion.

195. On a noté que le projet de disposition type n'abordait pas la question des conséquences qu'aurait un désaccord entre l'autorité contractante et le concessionnaire concernant la révision du contrat de concession. On a répondu que cette question était traitée dans le projet de disposition type 44. Le Groupe de travail est convenu d'y revenir lorsqu'il examinerait cette disposition.

196. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 40. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante

197. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Dans les cas prévus par le contrat de concession, l'autorité contractante a le droit d'assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions dans le cas où le concessionnaire aurait gravement manqué à ses obligations et n'aurait pas remédié à ce manquement dans un délai raisonnable après avoir été mis en demeure de le faire par elle.”

198. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 59.

199. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 41. Substitution de concessionnaire

200. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L'autorité contractante et les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure peuvent convenir de procédures pour substituer au concessionnaire une nouvelle personne physique ou morale désignée pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de concession en vigueur en cas de manquement grave du concessionnaire initial ou de survenance d'autres événements pouvant, autrement, justifier la résiliation du contrat ou encore dans d'autres cas similaires, que l'autorité contractante et les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure peuvent déterminer d'un commun accord³⁹.”

³⁹ La substitution, au concessionnaire, d'une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante suivant les conditions convenues entre eux, vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation du contrat de concession (voir chap. IV, 'Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet', par. 147 à 150). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière échelonnée, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société concessionnaire par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante.”

201. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type était fondé sur la recommandation 60.

202. On a suggéré de mentionner aussi dans la disposition le concessionnaire parmi les parties à l'accord énonçant les modalités et conditions de la substitution. On a aussi suggéré de limiter les circonstances entraînant la substitution à un grave manquement par le concessionnaire aux obligations lui incombant en vertu du contrat de concession. Le Groupe de travail n'a pas souscrit à ces suggestions, estimant qu'elles s'écartaient de la politique générale sur laquelle reposait le Guide législatif.

203. On a suggéré, dans un souci d'exhaustivité, d'ajouter les mots "droit de ces entités" avant les mots "de procédures", et de remplacer les mots "peuvent convenir" par les mots "peut convenir" et de les insérer à la première ligne après les mots "l'autorité contractante", de façon qu'il ressorte bien qu'il s'agissait dans le projet de disposition type d'une autorisation. Afin de simplifier le texte, le Groupe de travail a aussi décidé de supprimer la dernière partie de la disposition, estimant que les "autres cas similaires" seraient de toute façon définis dans le contrat de concession et que cela n'enlèverait rien au fond du projet de disposition type.

204. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de disposition type et l'a renvoyé au groupe de rédaction avec les modifications proposées.

IV. Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession

1. Durée et prorogation du contrat de concession

Disposition type 42. Durée et prorogation du contrat de concession

205. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"1. La durée du contrat de concession, telle que stipulée conformément à [l'alinéa p) de la disposition type 27], n'est pas prorogée sauf à la suite des événements suivants:

a) Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable de l'une ou l'autre des parties;

b) Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques; ou

c) [Autres événements spécifiés par l'État adoptant.]

2. La durée du contrat de concession peut par ailleurs être prorogée pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans l'accord, si le concessionnaire n'est pas en mesure de les amortir pendant la durée initiale."

206. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond les recommandations 61 et 62.

207. On a fait observer que le projet de disposition type était trop strict, en particulier son alinéa c), car il ne donnait pas à l'autorité contractante et au concessionnaire la possibilité de se mettre d'accord pour proroger le contrat de concession. On a répondu que la disposition suivait sur ce point le Guide législatif qui spécifiait qu'une telle prorogation ne devait être autorisée que si la loi de l'État adoptant en prévoyait la possibilité. Le Groupe de travail a, pour cette raison, décidé de maintenir inchangé le corps du texte de la disposition.

208. Il a alors été suggéré d'ajouter à la disposition une note visant à rappeler aux États adoptants qu'ils pouvaient envisager la possibilité d'une prorogation du contrat de concession par accord mutuel entre l'autorité contractante et le concessionnaire pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Le Groupe de travail a souscrit à cette suggestion.

209. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

2. Résiliation du contrat de concession

Disposition type 43. Résiliation du contrat de concession par l'autorité contractante

210. Le texte du projet de disposition type était le suivant.

“L'autorité contractante peut résilier le contrat de concession:

- a) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations, en raison de son insolvabilité, d'un manquement grave ou pour d'autres motifs;
- b) Pour des raisons d'intérêt général, sous réserve du versement d'une indemnité au concessionnaire, comme convenu dans le contrat de concession;
- c) [*Autres cas que l'État adoptant souhaiterait peut-être ajouter dans la Loi.*]

211. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 63.

212. On a suggéré d'ajouter le mot “impérieuses” après le mot “raisons” à l'alinéa b). On a fait observer qu'on se rapprocherait ainsi du Guide législatif et qu'une telle modification aurait le mérite d'assurer la cohérence avec la note ajoutée au projet de disposition type 42. Afin d'éclairer les États adoptants sur la signification de la notion de raisons “impérieuses” d'intérêt général, on a suggéré d'ajouter à l'alinéa b) une note renvoyant au texte pertinent du Guide législatif.

213. Le Groupe de travail a souscrit à ces suggestions, a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 44. Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire

214. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“Le concessionnaire ne peut résilier le contrat de concession sauf dans les cas suivants:

- a) Manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu du contrat de concession;
- b) Exécution des obligations du concessionnaire rendue sensiblement plus onéreuse en raison d'actes de l'autorité contractante, de changements imprévus des conditions ou d'actes d'autres autorités publiques, et absence de convention entre les parties sur une révision appropriée du contrat de concession.”

215. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 64.

216. On a suggéré de remanier le libellé de la disposition, en particulier celui de l'alinéa b), compte tenu des modifications apportées au projet de disposition 39. On

a déclaré que le nouveau texte devrait en particulier faire ressortir que le concessionnaire ne devait être en mesure de résilier le contrat de concession que lorsque toutes les conditions énoncées dans la version modifiée du projet de disposition type 39 étaient réunies et que les négociations concernant une révision appropriée du contrat de concession avaient échoué.

217. On a aussi suggéré de remanier le libellé de l'alinéa b) au motif que la nature des actes d'autres autorités publiques susceptibles d'ouvrir au concessionnaire le droit de résilier le contrat de concession n'était pas claire. On a répondu qu'il fallait entendre par là des actes tels que ceux qui avaient été inclus aux alinéas h) et i) du projet de disposition type 27. Il pourrait donc suffire, pour clarifier le projet de disposition type 44 sur ce point, d'y ajouter un renvoi à ces dispositions

218. Après l'examen de diverses variantes, dont des amendements reprenant les termes du projet de disposition 39, on a suggéré d'ajouter les mots "ou omissions" après le mot "actes". On a aussi suggéré de supprimer le mot "appropriée" figurant après le mot "révision" de façon à ne pas donner l'impression que la révision du contrat de concession convenue par les parties devait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Le Groupe de travail a souscrit à ces suggestions.

219. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 45. Résiliation de l'accord de concession par l'une ou l'autre partie

220. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

"L'une ou l'autre partie a le droit de résilier le contrat de concession lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties ont en outre le droit de résilier le contrat par consentement mutuel."

221. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reprenait sur le fond la recommandation 65.

222. Par souci de cohérence, le Groupe de travail a décidé de remplacer, dans la version anglaise, "has" figurant à la première ligne par les mots "shall have", et d'ajouter le mot "shall" avant les mots "also have" figurant à la troisième ligne.

223. On a aussi émis l'avis qu'il faudrait reformuler la disposition de façon plus précise, le mot "*impossible*" pouvant être interprété comme renvoyant à l'impossibilité permanente ou temporaire pour l'une des parties d'exécuter les obligations prévues au contrat de concession. Le Groupe de travail n'a toutefois pas souscrit à cette suggestion, estimant que le Guide législatif apportait aux États adoptants des indications suffisantes sur ce point.

224. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

3. Arrangements lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession

Disposition type 46. Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de concession

225. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L'accord de concession spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation de l'accord, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application de l'accord, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner.”

226. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 67.

227. Le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 47. Liquidation et mesures de transfert

228. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“L'accord de concession [peut énoncer] [énonce], selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

- a) Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l'autorité contractante, selon qu'il convient;
- b) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;
- c) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;
- d) La fourniture, par le concessionnaire, de services et de ressources d'appui sans interruption, y compris de pièces de rechange, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire.”

229. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 68, qu'il complétait par un alinéa supplémentaire a) de manière à couvrir la plupart des questions mentionnées aux paragraphes 37 à 42 du chapitre V du Guide législatif.

230. Sous réserve que les mots “peut énoncer” soient supprimés et que le mot “énonce” soit conservé sans les crochets à la première phrase, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

V. Règlement des différends

Disposition type 48. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

231. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

Variante A

“Tout différend entre l'autorité contractante et le concessionnaire est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans l'accord de concession [conformément à la loi du présent État]”.

Variante B

“L'autorité contractante est libre de convenir des mécanismes les mieux adaptés aux besoins du projet d'infrastructure pour régler les différends susceptibles de survenir entre les parties à l'accord de concession.”

232. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type comportait deux variantes pour traduire le principe énoncé dans la recommandation 69.

233. Un certain appui a été exprimé en faveur du maintien de la variante B qui, de l'avis de certaines délégations, soulignait bien qu'une disposition législative donnant à l'autorité contractante la liberté de choisir les mécanismes de règlement des différends était nécessaire. Toutefois, ce sont les opinions favorables à la suppression de la variante B et au maintien de la variante A, avec certains ajustements, qui l'ont emporté.

234. Il a été souligné qu'une fois promulgué, le projet de disposition type ferait partie intégrante de la législation de l'État adoptant. Par conséquent, on a estimé qu'en faisant référence dans la variante A à d'autres lois de l'État adoptant, on risquait de priver le projet de disposition type de son utilité. Bien que l'idée de supprimer les mots “conformément à la loi du présent État” dans la variante A ait bénéficié d'un large appui, on a également fait remarquer qu'il serait déplacé de donner à penser que l'on puisse ne pas tenir compte des lois de l'État adoptant éventuellement applicables en la matière. Il a été indiqué que les lois de certains pays prévoyaient déjà des mécanismes de règlement des différends qui étaient considérés comme bien adaptés aux besoins des projets d'infrastructure à financement privé. Les parties au contrat de concession ne devraient pas être dissuadées d'opter pour ces mécanismes lorsqu'ils existent. Toutefois, telle qu'elle était rédigée, la variante A donnait à penser que des mécanismes de règlement des différends appropriés devaient être créés dans chaque cas par les parties elles-mêmes.

235. Après avoir examiné diverses propositions pour tenir compte de ces préoccupations, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots “conformément à la loi du présent État” dans la variante A et d'ajouter au projet de disposition type une note indiquant que l'État adoptant pouvait prévoir dans sa législation des mécanismes de règlement de différends qui soient les mieux adaptés aux besoins des projets d'infrastructure à financement privé.

236. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 49. Différends impliquant le concessionnaire et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs

237. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“1. Le concessionnaire et ses actionnaires sont libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler leurs différends.

2. Le concessionnaire est libre de convenir des mécanismes appropriés pour régler les différends entre lui et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.”

238. Le Groupe de travail a noté que le projet de disposition type reflétait la teneur de la recommandation 70.

239. Le Groupe de travail est convenu que le projet de disposition type devait être inséré après le projet de disposition type 50 et que son titre devrait être modifié de manière à se lire comme suit: “Autres différends”. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé le projet de disposition type quant au fond et l’a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition type 50. Différends avec des clients ou usagers de l’ouvrage

240. Le texte du projet de disposition type était le suivant:

“[Lorsque le concessionnaire fournit des services à la population ou exploite des ouvrages accessibles à la population, l’autorité contractante peut exiger de lui qu’il établisse des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant de ses clients ou d’usagers de l’ouvrage.]”

241. On a fait observer que ce projet de disposition type, dont l’inclusion avait été suggérée par des experts consultés par le secrétariat, figurait entre crochets, car le Groupe de travail n’avait demandé aucun projet de disposition type concernant la recommandation 71 (voir A/CN.9/505, par. 174).

242. Des avis très favorables au maintien du projet de disposition type ont été exprimés, celui-ci étant jugé essentiel dans un texte législatif concernant les projets d’infrastructure. On a fait observer que ce projet de disposition soulignait la nécessité de prévoir des mesures appropriées pour protéger les droits des usagers des services publics et des ouvrages, ce qui constituait un souci important dans de nombreux systèmes juridiques.

243. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets entourant le projet de disposition type, qu’il a approuvé quant au fond et renvoyé au groupe de rédaction.

Notes

¹ Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n°17 (A/56/17), par. 369.

² Ibid., cinquante-cinquième session, Supplément n°17 (A/55/17), par. 195 à 368.

³ Ibid., par. 375.

⁴ Ibid., par 379.

⁵ Ibid., cinquante-sixième session, Supplément n°17 (A/56/17), par. 366 à 369.

⁶ Ibid., par. 369.

Annexe

Projet de dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé

I. Dispositions générales

Avant-propos

Les dispositions législatives types qui suivent (ci-après “les dispositions types”) ont été élaborées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) en tant qu’additif à son Guide législatif sur les projets d’infrastructure à financement privé (ci-après “le Guide législatif”), qu’elle a adopté en 2000. Elles ont pour objet d’aider plus avant les organes législatifs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d’infrastructure à financement privé. Il est conseillé de les lire conjointement avec les recommandations concernant la législation et les notes figurant dans le Guide législatif, qui fournissent une analyse des différentes questions (financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres) liées au sujet examiné.

Les dispositions types sont un ensemble de dispositions fondamentales portant sur des questions qu’il importe d’aborder dans les textes législatifs ayant spécifiquement trait aux projets d’infrastructure à financement privé. Bien qu’elles renvoient pour la plupart à des recommandations particulières formulées dans le Guide législatif, elles ne couvrent pas tout l’éventail des questions abordées par ces dernières. En particulier, il n’y a aucune disposition type sur des questions administratives ou institutionnelles, comme celles qui sont traitées dans les recommandations 1 et 5 à 13.

Les dispositions types sont conçues pour être appliquées et complétées par des règlements plus détaillés, et les domaines pour lesquels un règlement serait plus approprié qu’une loi sont signalés. Par ailleurs, la réalisation avec succès de projets d’infrastructure à financement privé suppose, au-delà de la mise en place d’un cadre législatif approprié, l’existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, juridiques et financières, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu’une économie stable.

Il convient de noter que les dispositions types n’abordent pas d’autres domaines du droit qui ont également un impact sur les projets d’infrastructure à financement privé, mais sur lesquels aucune recommandation n’est formulée dans le Guide législatif, par exemple, la promotion et la protection des investissements, le droit des biens, les sûretés, les règles et procédures d’expropriation, le droit général des contrats, les règles applicables aux marchés publics et le droit administratif, le droit fiscal, la protection de l’environnement et les lois relatives à la protection des consommateurs.

Pour la commodité du lecteur, les intitulés qui précèdent les dispositions types reprennent le plus fidèlement possible les titres des chapitres et recommandations correspondants du Guide législatif. Toutefois, dans un souci d’uniformisation du style, quelques titres ont été modifiés et d’autres ont été ajoutés de manière à refléter le contenu des dispositions auxquelles ils se rapportent.

Disposition type 1. Préambule

[Voir recommandation 1 et chap. I^{er}, par. 2 à 14]

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'établir un cadre législatif favorable pour promouvoir et faciliter l'exécution des projets d'infrastructure à financement privé en accroissant la transparence, l'équité ainsi que la viabilité à long terme de ces projets et en éliminant les restrictions inopportunes à la participation du secteur privé à la construction et à l'exploitation des infrastructures;

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de renforcer davantage les principes généraux de transparence, d'économie et d'équité dans l'attribution de marchés par les autorités publiques en établissant des procédures précises pour l'attribution des projets d'infrastructure;

[Autres objectifs que l'État adoptant souhaiterait éventuellement indiquer;]

Le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la loi ci-après:

Disposition type 2. Définition

[Voir Introduction, par. 9 à 20]

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "*ouvrage*" désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population;

b) Le terme "*projet d'infrastructure*" désigne la conception, la construction, la mise en service et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l'expansion ou l'exploitation d'ouvrages existants;

c) Le terme "*autorité contractante*" désigne l'autorité publique qui a le pouvoir de conclure un contrat de concession pour l'exécution d'un projet d'infrastructure [conformément aux dispositions de la présente Loi]^a;

d) Le terme "*concessionnaire*" désigne la personne qui exécute un projet d'infrastructure dans le cadre d'un contrat de concession conclu avec une autorité contractante;

e) Le terme "*contrat de concession*" désigne le ou les accords liant mutuellement l'autorité contractante et le concessionnaire qui énoncent les conditions d'exécution d'un projet d'infrastructure;

f) Les termes "*soumissionnaire*" et "*soumissionnaires*" désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection concernant un projet d'infrastructure^b;

^a Il est à noter que l'autorité visée dans cette définition est uniquement habilitée à conclure des contrats de concession. Suivant le régime réglementaire de l'État adoptant, un organisme distinct, appelé "organisme de réglementation" à l'alinéa h), peut être chargé d'édicter des règles et règlements régissant la prestation des services prévus.

^b Les termes "soumissionnaire" ou "soumissionnaires" désignent, selon le contexte, soit des personnes qui ont sollicité une invitation à participer à une procédure de présélection, soit des personnes qui ont soumis une proposition en réponse à une sollicitation de propositions émanant de l'autorité contractante.

g) Le terme “*proposition spontanée*” désigne toute proposition relative à l’exécution d’un projet d’infrastructure qui n’est pas soumise en réponse à une sollicitation de propositions publiée par l’autorité contractante dans le cadre d’une procédure de sélection;

h) Le terme “*organisme de réglementation*” désigne une autorité publique qui est chargée d’édicter et de faire appliquer des règles et des règlements régissant l’ouvrage ou la prestation des services prévus^c.

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des contrats de concession

[Voir recommandation 2 et chap. I^{er}, par. 15 à 18]

Les autorités publiques ci-après ont le pouvoir de conclure des contrats de concession^d pour l’exécution de projets d’infrastructure relevant de leur compétence respective: [l’État adoptant indique les autorités publiques du pays hôte qui sont habilitées à conclure des contrats de concession en insérant soit une liste exhaustive ou indicative de ces autorités, soit une liste des types ou catégories d’autorités concernés soit encore une combinaison des deux]^e.

Disposition type 4. Secteurs d’infrastructure dans lesquels des contrats de concession peuvent être conclus

[Voir recommandation 4 et chap. I^{er}, par. 19 à 22]

Des contrats de concession peuvent être conclus par les autorités compétentes dans les secteurs suivants: [l’État adoptant indique les secteurs concernés en insérant une liste exhaustive ou indicative]^f.

^c Il faudra peut-être définir la composition, la structure et les fonctions de cet organisme de réglementation dans un texte législatif spécial (voir recommandations 7 à 11 et chap. I^{er}, “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 30 à 53).

^d Il est souhaitable d’établir des mécanismes institutionnels afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l’exécution des projets d’infrastructure à financement privé conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l’exploitation des ouvrages du type proposé (voir recommandation 6 et chap. I^{er} “Cadre législatif et institutionnel général”, par. 23 à 29). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d’appui aux projets d’infrastructure, il peut être utile que les textes correspondants, tels que les lois ou règlements régissant les activités des organismes publics autorisés à fournir un tel appui, indiquent clairement quels sont les organismes habilités en la matière et quelle forme peut revêtir cet appui (voir chap. II, “Risques de projet et appui des pouvoirs publics”).

^e Les États adoptants auraient généralement deux possibilités pour compléter la présente disposition type. La première serait d’insérer une liste d’autorités habilitées à conclure des contrats de concession, soit dans la disposition elle-même, soit dans une annexe. La seconde serait d’indiquer dans une disposition les niveaux de l’État autorisés à conclure de tels contrats, sans désigner nommément les autorités publiques concernées. S’agissant d’un État fédéral, par exemple, cette disposition pourrait mentionner l’“Union, les États [ou provinces] et les municipalités”. En tout état de cause, il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un règlement d’application de la loi susceptible d’être adopté.

^f Il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d’application.

II. Sélection du concessionnaire

Disposition type 5. Règles régissant la procédure de sélection

[Voir recommandation 14 et chap. III, par. 1 à 33]

La sélection du concessionnaire est effectuée conformément aux [dispositions types 6 à 26] et, pour les matières non régies ci-après, conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces pour l'attribution des marchés publics]^g.

^g Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du concessionnaire et le cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics dans l'État adoptant. Si certains éléments de compétition structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d'adaptations pour tenir compte des exigences particulières des projets d'infrastructure à financement privé, telles qu'une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des sollicitations de propositions, des critères d'évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s'inspirent dans une large mesure de la principale méthode de passation des marchés de services prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la Commission à sa vingt-septième session, tenue à New York du 31 mai au 17 juin 1994 (ci-après la "Loi type sur la passation des marchés"). Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n'ont pas pour objet de remplacer ni de reproduire la totalité des règles de l'État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d'aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s'appliquant spécialement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu'il existe dans l'État adoptant un cadre général pour l'attribution des marchés publics prévoyant des procédures de mise en compétition transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type sur la passation des marchés. Aussi n'abordent-elles pas un certain nombre d'aspects procéduraux d'ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C'est le cas, par exemple, des points suivants: modalités de publication des avis, procédures de publication des sollicitations de propositions, conservation des actes et informations concernant la procédure de passation, possibilité de divulguer des informations au public, garanties de soumission et procédures de recours. Lorsqu'il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type sur la passation des marchés qui peuvent, mutatis mutandis, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans le présent chapitre.

1. Présélection des soumissionnaires

Disposition type 6. Objet de la présélection et procédure de présélection

[Voir recommandation 15 et chap. III, par. 34 à 50]

1. L'autorité contractante engage une procédure de présélection afin d'identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet d'infrastructure envisagé.

2. L'invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs].

3. Dans la mesure où [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer à la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs] ne l'exigent pas déjà^h, l'invitation à participer à la procédure de présélection contient au minimum les renseignements suivants:

- a) Une description de l'ouvrage à construire ou à rénover;
- b) L'indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le concessionnaire, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple, si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances ou si des fonds publics peuvent être octroyés au concessionnaire sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties); et
- c) Lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses du contrat de concession qui sera conclu;
- d) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, consistant en une date et une heure précises et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes;
- e) Le mode et le lieu de soumission des demandes de dossier de présélection.

4. Dans la mesure où [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le cadre d'une procédure de présélection], ne l'exigent pas déjàⁱ, le dossier de présélection indique au minimum les éléments suivants:

- a) Les critères de présélection prévus dans la [disposition type 7];

^h On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une invitation à participer à une procédure de présélection au paragraphe 2 de l'article 25 de la Loi type sur la passation des marchés.

ⁱ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans un dossier de présélection au paragraphe 3 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés.

b) Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la [disposition type 8] concernant la participation de consortiums;

c) Si l'autorité contractante a l'intention de demander à un nombre limité/ seulement de soumissionnaires présélectionnés de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément au [par. 2 de la disposition type 9] et, le cas échéant, la façon dont cette sélection sera effectuée;

d) Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une personne morale indépendante, constituée et incorporée selon les lois du [présent État] conformément à la [disposition type 29].

5. S'agissant des matières non régies par [la présente disposition type], la procédure de présélection est conduite conformément au [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite de la procédure de présélection des fournisseurs et des entrepreneurs^k].

Disposition type 7. Critères de présélection

[Voir recommandation 15 et chap. III, par. 34 à 40, 43 et 44]

Pour être admis à la procédure de sélection, les soumissionnaires intéressés doivent satisfaire aux critères^l justifiables objectivement que l'autorité contractante juge appropriés pour la procédure envisagée, tels qu'ils sont indiqués dans le dossier de présélection. Ces critères sont au minimum les suivants:

a) Posséder les qualifications professionnelles et techniques, les ressources humaines, les équipements et autres moyens matériels nécessaires pour mener à bien toutes les phases du projet, notamment la conception, la construction, l'exploitation et la maintenance;

b) Être en mesure de gérer les aspects financiers du projet et de faire face sur le long terme aux besoins de financement pour ce projet;

^j Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le Guide législatif (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48 et 49). Voir également la note m.

^k Les paragraphes 2 à 7 de l'article 7 de la Loi type sur la passation des marchés décrivent différents aspects de la procédure de présélection, notamment la façon dont les demandes d'éclaircissements sont traitées et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante, concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires.

^l Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Les différents problèmes posés par les préférences nationales sont examinés dans le Guide législatif (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 43 et 44). Ce dernier indique que les pays souhaitant offrir des incitations aux fournisseurs nationaux peuvent éventuellement appliquer ces préférences sous la forme de critères d'évaluation spéciaux au lieu d'exclure systématiquement les fournisseurs étrangers. En tout état de cause, lorsque des préférences nationales sont envisagées, elles devraient être annoncées à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

c) Posséder des capacités de gestion et d'organisation appropriées, être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'ouvrages similaires.

Disposition type 8. Participation de consortiums

[Voir recommandation 16 et chap. III, par. 41 et 42]

1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications conformément à la [disposition type 7] concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants.

2. Sauf [autorisation contraire de ... [l'État adoptant indique l'autorité compétente] et] indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium^m. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.

3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en considération les capacités des différents membres du consortium et détermine si la combinaison de ces qualifications permet de répondre aux besoins de toutes les phases du projet.

Disposition type 9. Décision concernant la présélection

[Voir recommandations 17 (pour le paragraphe 2) et 25 (pour le paragraphe 3) et chap. III, par. 47 à 50]

1. L'autorité contractante prend une décision sur les qualifications de chaque soumissionnaire ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères énoncés dans le dossier de présélection. Tous les soumissionnaires présélectionnés sont ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions conformément aux [dispositions types 10 à 16].

2. Nonobstant le paragraphe 1, l'autorité contractante peut, à condition d'avoir fait une déclaration appropriée à cet effet dans le dossier de présélection, se réserver le droit de solliciter des propositions uniquement d'un nombre limitéⁿ de

^m L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet.

ⁿ Dans certains pays, des principes directeurs pratiques sur les procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les soumissions de propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). La façon dont les systèmes de notation (en particulier quantitative) peuvent être utilisés pour arriver à ce nombre est examinée dans le Guide législatif (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 48). Il convient de noter que le système de notation est uniquement utilisé pour la présélection des soumissionnaires. Les notes attribuées aux soumissionnaires présélectionnés ne devraient pas être prises en considération lors de la phase d'évaluation des

soumissionnaires répondant le mieux aux critères de présélection une fois la procédure de présélection terminée. À cette fin, elle note les soumissionnaires qui satisfont aux critères de présélection en se fondant sur les critères appliqués pour évaluer leurs qualifications et établit la liste des soumissionnaires qui seront invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée. En établissant la liste, l'autorité contractante applique uniquement le mode de notation qui est prévu dans le dossier de présélection.

2. Procédure de sollicitation de propositions

Disposition type 10. Sollicitation de propositions en une étape ou en deux étapes

[Voir recommandations 18 et 19 et chap. III, par. 51 à 58]

1. L'autorité contractante fournit un exemplaire de la sollicitation de propositions et des documents connexes publiés conformément à la [disposition type 11] à chaque soumissionnaire présélectionné qui en acquitte le prix éventuellement demandé.

2. Nonobstant ce qui précède, l'autorité contractante peut recourir à une procédure en deux étapes pour solliciter des propositions des soumissionnaires présélectionnés lorsqu'elle n'estime pas possible de décrire dans la sollicitation de propositions les caractéristiques du projet, telles que le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les arrangements financiers ou les clauses contractuelles de manière suffisamment détaillée et précise pour permettre la rédaction de propositions définitives.

3. En cas de procédure en deux étapes, les dispositions ci-après s'appliquent:

a) Les soumissionnaires sont invités, dans la sollicitation initiale de propositions, à soumettre, lors de la première étape de la procédure, des propositions initiales concernant le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les besoins de financement ou d'autres caractéristiques du projet ainsi que les principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante^o;

b) L'autorité contractante peut convoquer des réunions et tenir des discussions avec l'un quelconque des soumissionnaires afin de clarifier certains points concernant la sollicitation initiale de propositions ou les propositions initiales

propositions (voir disposition type 15), pour laquelle tous les soumissionnaires présélectionnés devraient partir sur un pied d'égalité.

^o Dans de nombreux cas, en particulier pour de nouveaux types de projets, il se peut que l'autorité contractante ne soit pas en mesure, à ce stade d'élaborer un projet détaillé des clauses contractuelles qu'elle envisage. Elle peut aussi juger préférable de rédiger ces clauses uniquement après une première série de consultations avec les soumissionnaires présélectionnés. Quoi qu'il en soit, il est important qu'elle donne, à ce stade, des indications sur les principales clauses du contrat de concession, en particulier sur la manière dont les risques de projet devraient être répartis entre les parties dans le cadre de ce contrat. Si cette répartition des droits et obligations contractuels est laissée entièrement ouverte jusqu'après la publication de la sollicitation définitive de propositions, les soumissionnaires peuvent chercher à réduire au minimum les risques qu'ils acceptent, ce qui peut aller à l'encontre de l'objectif d'un financement privé du projet (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 67 à 70; voir également chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 8 à 29).

et les documents joints présentés par les soumissionnaires. Elle dresse un procès-verbal de ces réunions ou discussions dans lequel elle indique les points qui ont été soulevés et les éclaircissements qu'elle a fournis;

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser la sollicitation initiale de propositions en supprimant ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats ou des besoins de financement initiaux, ou encore d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans cette sollicitation de même qu'en y ajoutant d'autres caractéristiques ou des critères. L'autorité contractante indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection devant être conservés conformément à [la disposition type 25] les motifs de toute révision de la sollicitation. Les suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives;

d) Durant la deuxième étape de la procédure, l'autorité contractante invite les soumissionnaires à soumettre des propositions définitives correspondant à un ensemble unique de spécifications du cahier des charges, d'indicateurs de résultats ou de clauses contractuelles conformément aux [dispositions types 11 à 16].

Disposition type 11. Teneur de la sollicitation de propositions

[Voir recommandation 20 et chap. III, par. 59 à 70]

Dans la mesure où [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur des sollicitations de propositions] ne l'exigent pas déjà^p, la sollicitation de propositions comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions^q;

b) Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante concernant les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement^r;

c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante, avec indication des clauses considérées comme non négociables;

d) Critères d'évaluation des propositions et seuils éventuellement fixés par l'autorité contractante pour identifier les propositions non conformes; importance relative à accorder à chaque critère d'évaluation; et manière d'appliquer ces critères et seuils dans l'évaluation et le rejet des propositions.

^p On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une sollicitation de propositions relatives à des services à l'article 38 de la Loi type sur la passation des marchés.

^q On trouvera une liste d'éléments à fournir au chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphes 61 et 62 du Guide législatif.

^r Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 64 à 66.

Disposition type 12. Garanties de soumission

[Voir chap. III, par. 62]

1. La sollicitation de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur de la garantie de soumission ainsi que la nature, la forme, le montant et d'autres conditions principales de la garantie de soumission demandée.

2. Un soumissionnaire ne perd pas les garanties de soumission qu'il a pu être tenu de fournir sauf dans les cas suivants^s:

a) Retrait ou modification d'une proposition après la date limite de soumission des propositions et, si cela est prévu dans la sollicitation de propositions, avant la date limite;

b) Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément au [par. 1 de la disposition type 16];

c) Défaut de présentation d'une meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément au [par. 2 de la disposition type 16];

d) Défaut de signature du contrat de concession alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée;

e) Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du contrat de concession après l'acceptation de la proposition ou manquement, avant la signature du contrat de concession, à toute autre condition spécifiée dans la sollicitation de propositions.

Disposition type 13. Éclaircissements et modifications

[Voir recommandation 21 et chap. III, par. 71 et 72]

L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à une demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, revoir et, selon qu'il convient, réviser tout élément de la sollicitation de propositions mentionné dans [la disposition type 11]. Elle indique dans les actes relatifs à la procédure de sélection devant être conservés conformément [à la disposition type 25] les motifs de toute révision de la sollicitation. Les suppressions, modifications ou ajouts éventuels sont portés à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la sollicitation de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.

Disposition type 14. Critères d'évaluation

[Voir recommandations 22 et 23 et chap. III, par. 73 à 77]

1. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions techniques^t incluent au minimum les éléments suivants:

a) Rationalité technique;

^s On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 32 de la Loi type sur la passation des marchés.

^t Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 74.

- b) Respect des normes environnementales;
 - c) Faisabilité opérationnelle;
 - d) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.
2. Les critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières et commerciales^u incluent, selon qu'il convient:
- a) La valeur courante pendant la période de la concession des péages, prix unitaires et autres charges proposés;
 - b) La valeur courante des paiements directs que l'autorité contractante propose d'effectuer, le cas échéant;
 - c) Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur courante des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance;
 - d) L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, d'une autorité publique du [*présent État*];
 - e) La rationalité des arrangements financiers proposés;
 - f) La conformité des propositions aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions;
 - g) Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

Disposition type 15. Comparaison et évaluation des propositions

[*Voir recommandation 24 et chap. III, par. 78 à 82*]

1. L'autorité contractante compare et évalue chaque proposition conformément aux critères d'évaluation, à l'importance relative accordée à chacun d'eux et à la procédure d'évaluation prévue dans la sollicitation de propositions.
2. Aux fins du paragraphe 1, l'autorité contractante peut fixer des seuils pour la qualité et les aspects techniques, financiers et commerciaux. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils sont considérées comme non conformes et sont écartées de la procédure de sélection^v.

^u Voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par 75 à 77.

^v La présente disposition type donne un exemple de procédure d'évaluation susceptible d'être appliquée par une autorité contractante pour comparer et évaluer des propositions concernant des projets d'infrastructure à financement privé. D'autres procédures, telles que le processus d'évaluation en deux temps ou le système à deux enveloppes, sont décrites au chapitre III, "Sélection du concessionnaire" (par. 79 à 82). Contrairement à la procédure prévue dans la présente disposition, elles sont censées permettre à l'autorité contractante de comparer et d'évaluer les critères non financiers indépendamment des critères financiers afin d'éviter des situations où une importance excessive serait accordée à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers. Pour assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité de la phase d'évaluation de la procédure de sélection, il est recommandé à l'État adoptant d'indiquer dans sa législation les méthodes que les autorités contractantes peuvent employer pour comparer et évaluer les propositions ainsi que leurs modalités d'application.

Disposition type 15 bis. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères

[Voir recommandation 25 et chap. III, par. 78 à 82]

L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il confirme ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne confirme pas ses qualifications alors qu'il en a été prié^w.

Disposition type 16. Négociations finales

[Voir recommandations 26 et 27 et chap. III, par. 83 et 84]

1. L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes et invite à une négociation finale du contrat de concession le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée. Les négociations finales ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions.

2. Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat de concession, elle informe ce dernier de son intention d'y mettre fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive. Si le soumissionnaire ne présente pas une offre acceptable par l'autorité contractante dans le délai prescrit, celle-ci met fin aux négociations avec lui. Elle invite ensuite les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'elle parvienne à conclure un contrat de concession ou rejette toutes les propositions restantes. L'autorité contractante ne reprend pas des négociations avec un soumissionnaire auxquelles elle a mis fin conformément au présent paragraphe.

3. Négociation de contrats de concession sans procédure de mise en compétition

Disposition type 17. Circonstances autorisant l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en compétition

[Voir recommandation 28 et chap. III, par. 89]

Sous réserve de l'approbation de ... [l'État adoptant indique l'autorité compétente]^x, l'autorité contractante est autorisée à négocier un contrat de

^w Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, les critères doivent être les mêmes que ceux utilisés dans le cadre de cette procédure.

^x Soumettre l'attribution du contrat de concession sans recours à une procédure de mise en compétition à l'approbation d'une autorité supérieure vise à faire en sorte que l'autorité contractante n'engage des négociations directes avec des soumissionnaires que dans les circonstances appropriées (voir chap. III, "Sélection du concessionnaire", par. 85 à 96). C'est pourquoi la disposition type propose que l'État adoptant indique quelle autorité est compétente pour autoriser des négociations dans tous les cas prévus par elle. L'État adoptant peut néanmoins fixer différentes conditions d'approbation pour chaque alinéa de la disposition. Dans certains cas, par exemple, il peut prévoir que le pouvoir d'engager de telles négociations découle directement de la loi. Dans d'autres, il peut subordonner les négociations à l'approbation de différentes autorités supérieures, selon la nature des services à fournir ou le secteur d'infrastructure concerné. L'État adoptant devra peut-être alors adapter la disposition

concession sans recourir aux procédures prévues dans les [dispositions types 6 à 16], dans les cas suivants:

a) Lorsque, du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service, il ne serait pas pratique d'ouvrir les procédures prévues dans les [dispositions types 6 à 16], à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsque le projet est de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas le montant [de...] [l'État adoptant spécifie un montant maximum] [prévu dans...] [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui spécifient le montant au-dessous duquel un projet d'infrastructure à financement privé peut être attribué sans recours à une procédure de mise en compétition]^y;

c) Lorsque le projet concerne la défense ou la sécurité nationales;

d) Lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé, par exemple lorsque la prestation du service exige l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession;

e) En cas de propositions spontanées du type visé dans la [disposition type 22];

f) Lorsqu'une invitation à la procédure de présélection ou une sollicitation de propositions a été publiée sans résultat, ou lorsqu'aucune proposition n'a satisfait aux critères d'évaluation énoncés dans la sollicitation de propositions et lorsque, de l'avis de l'autorité contractante, la publication d'une nouvelle invitation à la procédure de présélection et d'une nouvelle sollicitation de propositions aurait peu de chances d'aboutir à l'attribution du projet dans les délais voulus^z;

g) Dans d'autres cas où [l'État adoptant indique l'autorité compétente] autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général^{aa}.

type en ajoutant la condition d'approbation particulière requise à l'alinéa correspondant ou bien en ajoutant une référence aux dispositions de sa législation qui fixent ces conditions.

^y Au lieu d'exclure la procédure de mise en compétition dans le cas visé à l'alinéa b), l'État adoptant peut envisager d'élaborer une procédure simplifiée de sollicitation de propositions, par exemple en appliquant les procédures décrites à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

^z L'État adoptant voudra peut-être exiger que l'autorité contractante fasse figurer dans les actes et informations devant être conservés conformément à la [disposition type 25] un compte rendu des résultats des négociations, qu'elle indique dans quelle mesure ces résultats s'écartent du cahier des charges et des clauses contractuelles de la sollicitation initiale de propositions et qu'elle en expose les raisons.

^{aa} Les États adoptants qui jugent souhaitable d'autoriser le recours à des procédures négociées au cas par cas souhaiteront peut-être conserver l'alinéa g) lorsqu'ils appliqueront la disposition type. Les États adoptants qui souhaitent limiter les exceptions au recours à des procédures de sélection avec mise en compétition préféreront peut-être quant à eux ne pas l'inclure. Quoiqu'il en soit, l'État adoptant souhaitera peut-être, par souci de transparence, mentionner dans cet alinéa ou à un autre endroit du projet de disposition les autres exceptions éventuelles autorisant le recours à des procédures négociées qui peuvent être autorisées par des dispositions spécifiques.

Disposition type 18. Procédures de négociation d'un contrat de concession

[Voir recommandation 29 et chap. III, par. 90]

Lorsqu'elle négocie un contrat de concession sans recourir aux procédures prévues dans les [dispositions types 6 à 16], l'autorité contractante^{bb}:

a) Sauf pour les contrats de concession négociés conformément à [l'alinéa c) de la disposition type 17], fait publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un contrat de concession conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de toute législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis];

b) Mène des négociations avec un nombre aussi grand que possible de personnes qu'elle juge capables^{cc} d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

c) Fixe des critères d'évaluation en fonction desquels les propositions seront évaluées et classées.

4. Propositions spontanées^{dd}

Disposition type 19. Admissibilité des propositions spontanées

[Voir recommandation 30 et chap. III, par. 97 à 109]

À titre d'exception aux [dispositions types 6 à 16], l'autorité contractante^{ee} est autorisée à examiner des propositions spontanées conformément aux procédures prévues dans les [dispositions types 20 à 22], à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé des procédures de sélection.

Disposition type 20. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

[Voir recommandations 31 et 32 et chap. III, par. 110 à 112]

^{bb} Un certain nombre d'éléments destinés à accroître la transparence dans les négociations engagées conformément à la présente disposition type sont examinés au chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphes 90 à 96 du Guide législatif.

^{cc} Les États adoptants qui souhaitent que le recours à des procédures négociées se fasse de façon plus transparente peuvent définir, au moyen de dispositions réglementaires spécifiques, des critères de qualification auxquels doivent satisfaire les personnes invitées à des négociations conformément aux [dispositions types 17 et 18]. Des critères de qualification possibles sont indiqués dans la [disposition type 7].

^{dd} Les considérations de politique générale sur les avantages et les inconvénients des propositions spontanées sont exposées au chapitre III, "Sélection du concessionnaire" paragraphes 98 à 100 du Guide législatif. Les États qui souhaitent autoriser les autorités contractantes à examiner de telles propositions voudront peut-être recourir aux procédures décrites dans les dispositions types 22 à 24.

^{ee} La disposition type part du principe que c'est l'autorité contractante qui est habilitée à examiner des propositions spontanées. Toutefois, suivant la réglementation de l'État adoptant, un organe indépendant de celle-ci peut être chargé d'examiner de telles propositions ou de déterminer, par exemple, si une proposition spontanée est dans l'intérêt général. En pareil cas, l'État adoptant devrait étudier soigneusement la façon dont les fonctions d'un tel organe doivent éventuellement être coordonnées avec celles de l'autorité contractante (voir les notes a, c et w, ainsi que les références qui y sont mentionnées).

1. Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante fait savoir rapidement à son auteur si le projet est considéré ou non comme présentant un intérêt général potentiel^{ff}.

2. Si le projet est considéré comme présentant un intérêt général potentiel conformément au paragraphe 1, l'autorité contractante invite l'auteur de la proposition à lui communiquer autant d'informations sur le projet proposé qu'il est possible à ce stade pour lui permettre d'évaluer correctement les qualifications de l'auteur^{gg} et la faisabilité technique et économique du projet et de déterminer si le projet est susceptible d'être exécuté avec succès de la manière proposée dans des conditions acceptables par elle. À cette fin, l'auteur soumet une étude de faisabilité technique et économique, une étude d'impact sur l'environnement et des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition.

3. Lorsqu'elle examine une proposition spontanée, l'autorité contractante respecte les droits de propriété intellectuelle, les secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs qui sont contenus dans la proposition, en découlent ou y sont mentionnés. Par conséquent, elle n'utilise aucune information fournie par l'auteur ou en son nom en rapport avec sa proposition spontanée à d'autres fins que l'évaluation de cette proposition, sauf consentement de l'auteur. Sauf convention contraire des parties, l'autorité contractante, en cas de rejet de la proposition, restitue à son auteur l'original et toute copie des documents qu'il a soumis et préparés durant la procédure.

Disposition type 21. Propositions spontanées ne comportant pas de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

[Voir recommandation 33 et chap. III, par. 113 et 114]

1. À l'exception des cas prévus dans la [disposition type 17], l'autorité contractante, si elle décide d'exécuter le projet, entame une procédure de sélection conformément aux [dispositions types 6 à 16] lorsqu'elle considère que:

a) L'exécution du projet est possible sans l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs dont l'auteur de la proposition a la propriété ou la possession; et

b) Le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent.

^{ff} Pour déterminer si un projet proposé est dans l'intérêt général, il faut examiner soigneusement ses avantages potentiels pour la population ainsi que le lien entre le projet et la politique de l'État dans le secteur d'infrastructure concerné. Afin d'assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité des procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées, il peut être souhaitable que l'État adoptant donne, dans un règlement ou dans d'autres textes, des indications concernant les critères qui seront utilisés pour déterminer si une proposition spontanée est dans l'intérêt général, et qui pourrait comprendre des critères permettant d'évaluer l'adéquation des arrangements contractuels et le caractère raisonnable de la répartition proposée des risques.

^{gg} L'État adoptant voudra peut-être énoncer dans des dispositions réglementaires les critères de qualification auxquels doit satisfaire l'auteur de la proposition. Les éléments à prendre en considération à cet effet sont indiqués dans la [disposition type 7].

2. L'auteur de la proposition est invité à participer à la procédure de sélection entamée par l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 et peut bénéficier d'une incitation ou d'un avantage similaire suivant les modalités décrites par l'autorité contractante dans la sollicitation de propositions en contrepartie de l'élaboration et de la soumission de la proposition.

Disposition type 22. Propositions spontanées comportant des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

[Voir recommandations 34 et 35 et chap. III, par. 115 à 117]

1. Si l'autorité contractante considère que les conditions énoncées aux [alinéas a) et b) du paragraphe 1 de la disposition type 21] ne sont pas remplies, elle n'est pas tenue de mener une procédure de sélection conformément aux [dispositions types 6 à 16]. Elle peut néanmoins rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée conformément aux dispositions énoncées aux paragraphes 2 à 4^{hh}.

2. Lorsque l'autorité contractante a l'intention de rechercher des éléments de comparaison pour la proposition spontanée, elle publie une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions dans [un délai raisonnable] [l'État adoptant indique un certain délai].

3. Si aucune proposition n'est reçue dans [un délai raisonnable] [le délai spécifié au paragraphe 2 ci-dessus] en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, l'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition originale.

4. Si l'autorité contractante reçoit des propositions en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2, elle invite les auteurs de ces propositions à des négociations conformément aux dispositions énoncées dans la [disposition type 18]. Si elle reçoit un nombre suffisamment important de propositions, qui paraissent à première vue répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, l'autorité contractante demande que lui soient soumises des propositions conformément aux [dispositions types 10 à 16], sous réserve de toute incitation ou d'autre avantage dont peut bénéficier la personne ayant soumis la proposition spontanée conformément au [par. 2 de la disposition type 21].

5. Dispositions diverses

Disposition type 23. Confidentialité des négociations

[Voir recommandation 36 et chap. III, par. 118]

L'autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'autorité contractante et un soumissionnaire conformément [au paragraphe 3 de la disposition type 10, aux

^{hh} L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'adopter une procédure spéciale pour l'examen des propositions spontanées entrant dans le champ d'application de la présente disposition type, en prenant éventuellement modèle, mutatis mutandis, sur la procédure de sollicitation de propositions décrite à l'article 48 de la Loi type sur la passation des marchés.

dispositions types 16, 17, 18 ou au paragraphe 3 de la disposition type 22] sont confidentielles. Sauf si la loi ou une ordonnance judiciaire l'exige, aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne, en dehors de ses mandataires, sous-traitants, prêteurs, conseillers ou consultants, des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations qu'elle a reçues concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées sans le consentement de l'autre partie.

Disposition type 24. Avis d'attribution du contrat

[Voir recommandation 37 et chap. III, par. 119]

À l'exception des contrats de concession attribués conformément à *[l'alinéa c) de la disposition type 17]*, l'autorité contractante fait publier un avis d'attribution du contrat conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis d'attribution de contrats]*. Cet avis désigne le concessionnaire et comporte un résumé des principales clauses du contrat de concession.

Disposition type 25. Conservation des actes et informations liés aux procédures de sélection et d'attribution

[Voir recommandation 38 et chap. III, par. 120 à 126]

L'autorité contractante conserve dûment les informations liées aux procédures de sélection et d'attribution conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conservation des actes et informations liés aux procédures de passation]*ⁱⁱ.

Disposition type 26. Procédures de recours

[Voir recommandation 39 et chap. III, par. 127 à 131]

Un soumissionnaire qui déclare avoir subi, ou qui peut subir, une perte ou un préjudice du fait de la violation d'une obligation imposée par la loi à l'autorité contractante peut introduire un recours contre les actes ou omissions de l'autorité contractante conformément aux *[l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les recours contre les décisions prises dans le cadre des procédures de passation]*ⁱⁱ.

ⁱⁱ La nature des informations à conserver pour les différents types de procédures d'attribution envisagés dans les dispositions types, ainsi que la mesure dans laquelle ces informations peuvent être accessibles au public, sont examinées au chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphes 120 à 126 du Guide législatif. Les éléments d'information à conserver sont également indiqués à l'article 11 de la Loi type sur la passation des marchés. Si ces questions ne sont pas traitées de façon adéquate par la législation de l'État adoptant, celui-ci devrait adopter les dispositions législatives ou réglementaires nécessaires.

ⁱⁱ Les éléments d'un mécanisme de recours adéquat sont examinés au chapitre III, "Sélection du concessionnaire", paragraphes 127 à 131 du Guide législatif. Ils figurent également au chapitre VI de la Loi type sur la passation des marchés. Si sa législation ne prévoit pas de mécanisme de recours adéquat, l'État adoptant devrait envisager de faire en sorte qu'elle établisse un tel mécanisme.

III. Construction et exploitation de l'infrastructure

Disposition type 27. Contenu du contrat de concession

[Voir recommandation 40 et chap. IV, par. 1 à 11]

Le contrat de concession comporte des dispositions sur des questions que les parties estiment appropriées, telles que:

a) La nature et la portée des travaux devant être réalisés et des services devant être fournis par le concessionnaire [voir chap. IV, par. 1];

b) Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du concessionnaire découlant du contrat de concession [voir recommandation 5];

c) L'assistance que l'autorité contractante peut fournir au concessionnaire pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure [voir recommandation 6];

d) Toutes prescriptions relatives à la constitution d'une personne morale et à son capital minimum conformément à la [disposition type 29] [voir recommandation 42 et projet de disposition type 29];

e) La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux [dispositions types 30 à 32] [voir recommandations 44 et 45 et projets de dispositions types 30 à 32];

f) La rémunération du concessionnaire, qu'elle consiste en des redevances ou en des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de telles redevances ou de tels droits; et les versements éventuels pouvant être faits par l'autorité contractante ou une autre autorité publique [voir recommandations 46 et 48];

g) Les procédures d'examen et d'approbation des études techniques, plans et spécifications par l'autorité contractante et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage [voir recommandation 52];

h) L'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective de ce service, sa continuité et sa fourniture dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers [voir recommandation 53 et projet de disposition type 37];

i) Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux devant être réalisés et les services devant être fournis par le concessionnaire et les conditions auxquelles ainsi que la mesure dans laquelle l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent juger appropriées pour veiller à ce que l'ouvrage soit correctement exploité et à ce que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables [voir recommandation 54, alinéa b)];

j) La mesure dans laquelle le concessionnaire est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme de réglementation, selon le cas, des rapports et d'autres informations sur ses activités [voir recommandation 54, alinéa a)];

k) Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en liaison avec les alinéas h) et i) ci-dessus, y compris toute indemnité à laquelle le concessionnaire pourrait avoir droit [voir chap. IV, par. 73 à 76];

l) Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le concessionnaire est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui [voir recommandation 56];

m) Les garanties de bonne exécution que le concessionnaire est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure [voir recommandation 58, alinéas a) et b)];

n) Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie [voir recommandation 58, alinéa e)];

o) La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans le contrat de concession en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable [voir recommandation 58, alinéa d)];

p) La durée du contrat de concession et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation [voir recommandation 61];

q) Les modalités de calcul de l'indemnité en application de la [disposition type 46] [voir recommandation 67];

r) Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends pouvant surgir entre l'autorité contractante et le concessionnaire [voir recommandations 41 et 69 et projets de dispositions types 28 et 48].

Disposition type 28. Droit applicable

[Voir recommandation 41 et chap. IV, par. 5 à 8]

Le contrat de concession est régi par la loi du présent État sauf stipulation contraire du contrat de concession^{kk}.

^{kk} Les systèmes juridiques apportent diverses réponses à la question de savoir si les parties à un contrat de concession peuvent choisir comme droit applicable au contrat un droit autre que celui du pays hôte. En outre, comme cela est indiqué dans le Guide législatif (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 5 à 8), dans certains pays le contrat de concession peut être soumis au droit administratif, tandis que dans d'autres il sera régi par le droit privé (voir aussi Guide législatif, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", par. 24 à 27). Le droit applicable comprend également les règles d'autres branches du droit qui s'appliquent aux différentes questions pouvant surgir pendant l'exécution d'un projet d'infrastructure (voir de manière générale le Guide législatif, chap. VII, "Autres domaines pertinents du droit", sect. B).

Disposition type 29. Organisation du concessionnaire

[*Voir recommandations 42 et 43 et chap. IV, par. 12 à 18*]

L'autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois du [*présent État*], à condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de proposition, selon le cas. Toute prescription relative au capital minimum d'une telle personne morale ainsi que la procédure d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes desdits statuts sont énoncées dans le contrat de concession.

Disposition type 30. Propriété des biens^{II}

[*Voir recommandation 44 et chap. IV, par. 20 à 26*]

Le contrat de concession précise, selon qu'il convient, les biens qui sont ou seront la propriété de l'État et ceux qui sont ou seront la propriété privée du concessionnaire. Il indique en particulier ceux qui appartiennent aux catégories suivantes:

a) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire est tenu de restituer ou transférer à l'autorité contractante ou à une autre entité indiquée par celle-ci conformément aux clauses du contrat de concession;

b) Les biens, le cas échéant, que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au concessionnaire; et

c) Les biens, le cas échéant, que le concessionnaire peut conserver ou dont il peut disposer à l'expiration ou à la résiliation de l'accord de concession.

Disposition type 31. Acquisition de droits relatifs au site du projet

[*Voir recommandation 45 et chap. IV, par. 27 à 29*]

1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses du contrat de concession met à la disposition du concessionnaire ou, selon qu'il convient, aide le concessionnaire à acquérir les

^{II} La participation du secteur privé aux projets d'infrastructure peut prendre diverses formes, les infrastructures pouvant être détenues et exploitées entièrement par une entité publique ou totalement privatisées, avec de nombreuses variantes possibles entre ces deux extrêmes (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 47 à 53). Ces options générales déterminent habituellement l'approche législative de la propriété des biens liés au projet (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 20 à 26). Quelles que soient la politique générale ou la politique sectorielle du pays hôte, le régime de propriété des divers biens en question devrait être clairement défini et avoir une assise législative suffisante. La clarté à cet égard est importante, car elle influera directement sur l'aptitude du concessionnaire à constituer des sûretés sur les biens du projet pour obtenir un financement de ce dernier (ibid., par. 52 à 61). Conformément à l'approche souple adoptée par divers systèmes juridiques, la disposition type n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante, mais permet de faire une distinction entre les biens qui doivent être transférés à cette dernière, les biens qu'elle peut acheter si elle le souhaite, et les biens qui restent la propriété privée du concessionnaire à l'expiration ou lors de la résiliation du contrat de concession ou à tout autre moment.

droits relatifs au site du projet, y compris le titre de propriété du site, nécessaires à l'exécution du projet.

2. Toute expropriation de terrain pouvant être requise pour l'exécution du projet est effectuée conformément à [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent l'expropriation de biens privés par les autorités publiques pour des motifs d'intérêt général].

Disposition type 32. Servitudes^{mm}

[Voir recommandation 45 et chap. IV, par. 30]

Le concessionnaire [a le droit] [se voit accorder le droit] de pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à (l'État adoptant indique les dispositions de son droit qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient ses entreprises de service public et exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois).

Disposition type 33. Arrangements financiers

[Voir recommandation 46 et chap. IV, par. 33 à 51]

Le concessionnaire a le droit de demander, recevoir ou percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit. L'accord de concession prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits [conformément aux règles établies par l'organisme de réglementation compétent]^{mn}.

Disposition type 34. Sûretés

[Voir recommandation 49 et chap. IV, par. 52 à 61]

^{mm} Le droit de traverser une propriété adjacente à des fins liées au projet ou pour y effectuer des travaux peut être acquis par le concessionnaire directement ou d'office par une autorité publique en même temps que le site du projet. Une solution quelque peu différente pourrait être de prévoir que la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 30 à 32). La variante proposée dans la première série de crochets, dans la disposition type, vise à refléter ces options.

^{mn} Les péages, droits ou autres sommes perçus par le concessionnaire, désignés dans le Guide législatif par le terme "redevances" peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", par. 30 à 60). Le coût auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique d'infrastructure de l'État et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles de droit générales définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être "raisonnables", "équitables" ou "justes" (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 36 à 46).

1. Sous réserve de restrictions pouvant être indiquées dans le contrat de concession^{oo}, le concessionnaire a le droit de constituer, sur l'un quelconque de ses biens ou droits, y compris sur ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, y compris, en particulier, les suivantes:

a) Sûreté sur les biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet;

b) Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

2. Les actionnaires du concessionnaire ont le droit de nantir les actions qu'ils obtiennent de la société concessionnaire ou de constituer sur elles toute autre sûreté;

3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela est interdit par la loi du [présent État].

Disposition type 35. Cession du contrat de concession

[Voir recommandation 50 et chap. IV, par. 62 et 63]

Sauf disposition contraire dans la [disposition type 34], les droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession ne peuvent être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions auxquelles l'autorité contractante donne son consentement à une cession des droits et obligations du concessionnaire découlant du contrat de concession, y compris l'acceptation par le nouveau concessionnaire de toutes les obligations contractées au titre de ce contrat et la production par lui de preuves qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service.

Disposition type 36. Transfert d'un intérêt majoritaire^{pp} dans la société concessionnaire

[Voir recommandation 51 et chap. IV, par. 64 à 68]

Sauf disposition contraire du contrat de concession, un intérêt majoritaire dans la société concessionnaire ne peut être transféré à des tiers sans l'assentiment de l'autorité contractante. Le contrat de concession énonce les conditions dans lesquelles cet assentiment est donné.

^{oo} Ces restrictions peuvent, en particulier, concerner l'exécution de droits relatifs aux biens du projet d'infrastructure.

^{pp} La notion d'"intérêt majoritaire" fait généralement référence au pouvoir de nommer la direction d'une société et d'influencer ou de déterminer son activité. Différents critères peuvent être utilisés dans divers systèmes juridiques ou même dans différents corps de règles au sein du même système, allant de critères formels attribuant un intérêt majoritaire au propriétaire d'une certaine proportion (le plus souvent plus de 50 %) du nombre total combiné de voix attribuées à toutes les catégories d'actions d'une société à des critères plus complexes tenant compte de la structure de direction effective d'une société. Les États adoptants qui n'ont pas de définition réglementaire d'"intérêt majoritaire" peuvent avoir besoin de définir ce terme dans des règlements d'application de la disposition type.

Disposition type 37. Exploitation de l'infrastructure

[Voir recommandation 53 et chap. IV, par. 80 à 93 (pour le paragraphe 1) et recommandation 55 et chap. IV, par. 96 et 97 (pour le paragraphe 2)]

1. Le contrat de concession énonce, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au concessionnaire pour assurer:

- a) La modification du service afin de répondre à la demande de ce service;
- b) La continuité du service;
- c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers;

d) L'accès non discriminatoire, selon qu'il convient, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le concessionnaire.

2. Le concessionnaire a le droit de publier et de faire appliquer les règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation.

Disposition type 38. Indemnisation en cas de changements spécifiques dans la législation

[Voir recommandation 58, alinéa c) et chap. IV, par. 122 à 125]

Le contrat de concession énonce la mesure dans laquelle le concessionnaire a droit à une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de changements dans la législation ou la réglementation spécifiquement applicable à l'ouvrage ou au service qu'il fournit.

Disposition type 39. Révision du contrat de concession

[Voir recommandation 58, alinéa c) et chap. IV, par. 126 à 130]

1. Sans préjudice de [la disposition type 38], le contrat de concession peut également énoncer la mesure dans laquelle le concessionnaire a le droit d'en demander la révision pour qu'il prévoie une indemnisation dans le cas où, pour l'exécution de ce contrat, il a engagé des dépenses sensiblement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible qu'il n'était initialement prévu, du fait de:

- a) Changements dans la situation économique ou financière; ou
- b) Changements apportés à la législation ou à la réglementation non spécifiquement applicable à l'ouvrage ou aux services qu'il fournit;

à condition que ces changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire:

- a) Surviennent après la conclusion du contrat;
- b) Soient indépendants de la volonté du concessionnaire; et

c) Soient de nature telle qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire les ait pris en considération lors de la négociation du contrat de concession ou en ait évité ou surmonté les conséquences.

2. Le contrat de concession établit des procédures de révision des clauses qu'il contient en cas de tels changements.

Disposition type 40. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante

[Voir recommandation 59 et chap. IV, par. 143 à 146]

Dans les cas prévus par le contrat de concession, l'autorité contractante a le droit d'assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions dans le cas où le concessionnaire aurait gravement manqué à ses obligations et n'aurait pas remédié à ce manquement dans un délai raisonnable après avoir été mis en demeure de le faire par elle.

Disposition type 41. Substitution de concessionnaire

[Voir recommandation 60 et chap. IV, par. 147 à 150]

L'autorité contractante peut convenir avec les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure de substituer au concessionnaire une nouvelle entité ou personne désignée pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de concession en vigueur en cas de manquement grave du concessionnaire initial ou de survenance d'autres événements pouvant, autrement, justifier la résiliation du contrat ou encore dans d'autres cas similaires⁹⁹.

IV. Durée, prorogation et résiliation du contrat de concession

1. Durée et prorogation du contrat de concession

Disposition type 42. Durée et prorogation du contrat de concession

[Voir recommandation 62 et chap. V, par. 2 à 8]

1. La durée du contrat de concession, telle que stipulée conformément à [l'alinéa p) de la disposition type 27], n'est pas prorogée sauf à la suite des événements suivants:

a) Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable de l'une ou l'autre des parties;

⁹⁹ La substitution, au concessionnaire, d'une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante suivant les conditions convenues entre eux, vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation du contrat de concession (voir chap. IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet", par. 147 à 150). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière échelonnée, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société concessionnaire par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante.

b) Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques; ou

c) *[Autres événements spécifiés par l'État adoptant.]^{rr}*

2. La durée du contrat de concession peut par ailleurs être prorogée pour permettre au concessionnaire d'amortir des frais supplémentaires dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans le contrat, si le concessionnaire n'est pas en mesure de les amortir pendant la durée initiale.

2. Résiliation du contrat de concession

Disposition type 43. Résiliation du contrat de concession par l'autorité contractante

[Voir recommandation 63 et chap. V, par. 14 à 27]

L'autorité contractante peut résilier le contrat de concession:

a) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le concessionnaire puisse ou veuille exécuter ses obligations, en raison de son insolvabilité, d'un manquement grave ou pour d'autres motifs;

b) Pour des raisons impérieuses^{ss} d'intérêt général, sous réserve du versement au concessionnaire d'une indemnité selon les conditions convenues dans le contrat de concession;

c) *[Autres cas que l'État adoptant souhaiterait peut-être ajouter dans la Loi.]*

Disposition type 44. Résiliation du contrat de concession par le concessionnaire

[Voir recommandation 64 et chap. V, par. 28 à 33]

Le concessionnaire ne peut résilier le contrat de concession sauf:

a) En cas de manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux obligations contractées en vertu du contrat de concession;

b) Si les conditions de révision du contrat de concession prévues dans *[le paragraphe 1 de la disposition type 39]* sont réunies mais les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une telle révision; ou

c) Si, pour l'exécution du contrat de concession, le concessionnaire a engagé des dépenses substantiellement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible du fait d'actes ou d'omissions de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques tels que ceux visés *[aux alinéas h) et i) de la disposition type 27]* et les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une révision du contrat de concession.

^{rr} L'État adoptant voudra peut-être envisager la possibilité d'autoriser une prorogation par accord consensuel du contrat de concession conformément aux clauses de ce contrat pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

^{ss} [Un certain nombre de situations où une raison impérieuse d'intérêt général peut se manifester sont examinées au paragraphe 27 du chapitre V du Guide législatif intitulé "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"].

Disposition type 45. Résiliation du contrat de concession par l'une ou l'autre partie

[Voir recommandation 65 et chap. V, par. 34 et 35]

L'une ou l'autre partie a le droit de résilier le contrat de concession lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Les parties ont en outre le droit de résilier le contrat par consentement mutuel.

3. Arrangements lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession**Disposition type 46. Arrangements financiers lors de l'expiration ou de la résiliation du contrat de concession**

[Voir recommandation 67 et chap. V, par. 43 à 49]

Le contrat de concession spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation du contrat, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application du contrat, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner.

Disposition type 47. Liquidation et mesures de transfert

[Voir recommandation 68 et chap. V, par. 50 à 62]

Le contrat de concession énonce, selon les cas, les droits et obligations des parties concernant:

- a) Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l'autorité contractante, selon qu'il convient;
- b) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage;
- c) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau concessionnaire à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage;
- d) La fourniture, par le concessionnaire, de services et de ressources d'appui sans interruption, y compris de pièces de rechange, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau concessionnaire.

V. Règlement des différends

Disposition type 48. Différends entre l'autorité contractante et le concessionnaire

[*Voir recommandation 69 et chap. VI, par. 3 à 41*]

Tout différend entre l'autorité contractante et le concessionnaire est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans le contrat de concession⁴⁴.

Disposition type 49. Différends avec des clients ou usagers de l'ouvrage

[*Voir recommandation 71 et chap. VI, par. 43 à 45*]

Lorsque le concessionnaire fournit des services à la population ou exploite des ouvrages accessibles à la population, l'autorité contractante peut exiger de lui qu'il établisse des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant de ses clients ou d'usagers de l'ouvrage.

Disposition type 50. Autres différends

[*Voir recommandation 70 et chap. VI, par. 42*]

1. Le concessionnaire et ses actionnaires sont libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler leurs différends.
2. Le concessionnaire est libre de convenir des mécanismes appropriés pour régler les différends entre lui et ses prêteurs, entrepreneurs, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.

⁴⁴ L'État adoptant peut prévoir dans sa législation des mécanismes de règlement des différends qui soient les mieux adaptés aux besoins des projets d'infrastructure à financement privé.