



Assemblée générale

Distr. limitée
2 juillet 2008
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Passation de marchés)
Quatorzième session
Vienne, 8-12 septembre 2008

Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – Recours, conflits d'intérêts et passation de marchés de services dans la Loi type

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-4	2
II. Recours	5-9	2
III. Conflits d'intérêts dans la passation de marchés	10-33	4
A. Généralités	10-16	4
B. La nature des conflits d'intérêts dans la passation des marchés	17-18	7
C. Les exigences de la Convention des Nations unies contre la corruption	19	7
D. Approche de la réglementation des conflits d'intérêts	20-23	8
IV. Marchés de services	34-37	15



I. Introduction

1. L'historique des travaux en cours du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur la révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 12 à 85 du document A/CN.9/WG.I/WP.60, dont le Groupe de travail est saisi à sa quatorzième session. Celui-ci a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des développements récents.

2. A sa neuvième session, le Groupe de travail a noté que la Convention des Nations Unies contre la corruption¹ était récemment entrée en vigueur et que, même si les principaux éléments des dispositions de cette convention relatives à la passation des marchés étaient compatibles avec la Loi type, les exigences en matière de dispositions relatives au recours et les dispositions concernant les conflits d'intérêts allaient au-delà des dispositions actuelles de la Loi type et pourraient justifier que le Groupe de travail s'y intéresse en temps voulu².

3. A sa sixième session, le Groupe de travail a décidé qu'il envisagerait des orientations supplémentaires à l'appui de la principale méthode de passation des marchés en vertu du chapitre IV de la Loi type à une session future (voir par. 34 à 37 ci-dessous).

4. La présente note a été établie pour la quatorzième session du Groupe de travail, pour aborder les thèmes suivants: dispositions relatives au recours, conflits d'intérêts dans la passation des marchés publics et marchés de services, dont le groupe de travail était convenu à sa treizième session qu'il les examinerait à sa quatorzième session³.

II. Recours

5. À sa sixième session, le Groupe de travail a également examiné les dispositions relatives au recours contenues au chapitre VI du texte de 1994 de la Loi type. Il a noté que, comme la question des voies de droit et de l'exécution touchait à la légalité des actes de l'administration et à la séparation des pouvoirs entre les branches exécutive et judiciaire d'un État, les dispositions du chapitre VI avaient été rédigées pour se limiter à des orientations générales et être facultatives.

¹ Le texte de la Convention des Nations Unies contre la corruption peut être consulté à <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/453/16/PDF/N0345316.pdf?OpenElement>. La Convention est entrée en vigueur le 14 décembre 2005, après ratification de son texte par 30 signataires. La Convention a pour objet de promouvoir et renforcer: i) les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace; ii) la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci, y compris le recouvrement d'avoirs; et iii) l'intégrité, la responsabilité et la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics.

² A/CN.9/595, par. 10.

³ A/CN.9/648, par. 17, et annexe.

6. Le Groupe de travail a décidé à titre préliminaire à cette session que:
- a) Il serait utile de donner des orientations plus détaillées, probablement dans le Guide pour l'incorporation, sur les dispositions relatives aux recours qui pourraient être insérées dans les législations nationales;
 - b) Reconnaissant qu'il existait différents systèmes, dont certains privilégiaient les recours judiciaires et d'autres les recours devant un organe administratif indépendant, le Groupe de travail devrait laisser aux États adoptants plusieurs possibilités, compte tenu du fait que la Loi type était suffisamment souple à cet égard et de l'importance capitale que revêtait l'indépendance de l'organe chargé d'examiner les recours. Si des commentaires supplémentaires sur la question étaient nécessaires, ils pourraient être insérés dans le Guide;
 - c) Le soin d'élaborer des dispositions relatives aux recours judiciaires devrait être laissé aux États adoptants; et
 - d) La liste d'exceptions figurant à l'article 52-2 devrait être supprimée. Le Guide pour l'incorporation devrait cependant indiquer que les États adoptants auraient la possibilité d'exclure certaines questions, entre autres celles actuellement énumérées dans l'article de la procédure de recours. Le Guide devrait indiquer les motifs de ces exclusions et en expliquer les conséquences, par exemple, le risque qu'elles empêchent d'examiner et de contrôler effectivement si la procédure de passation est bien gérée⁴.

7. À sa quatorzième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner ces questions par référence aux dispositions existantes du chapitre VI de la Loi type, en mettant l'accent en particulier sur l'exception concernant le choix de la méthode de passation des marchés mentionnée à l'article 52-2 a). Cette exception a fait l'objet de critiques, car le fait que le choix des méthodes de passation n'ait pas à être justifié était un des aspects à l'origine de la plupart des abus dans la pratique. Toutefois, il a été dit au sein du Groupe de travail et par des commentateurs qu'en permettant que le choix des outils de passation dans les méthodes de passation soit susceptible de recours (comme l'utilisation d'enchères électroniques inversées et d'accords-cadres pour attribuer des marchés), on risquait de faire obstacle à la conduite appropriée du processus de passation. En outre, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'impact de l'introduction d'un recours sur le déroulement d'une passation, et si la suspension de la procédure de passation de marchés conformément à l'article 56 serait toujours appropriée.

8. En examinant ces questions, le Groupe de travail se souviendra peut-être aussi que l'article 9-1 d) de la Convention des Nations unies contre la corruption exige que les systèmes de passation de marchés comprennent "un système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures établies conformément au présent paragraphe". Cette exigence est plus rigoureuse que les règles actuelles équivalentes de la Loi type, dans ce sens qu'elle est impérative et non facultative. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner une nouvelle Directive de l'Union européenne relative aux procédures de recours en matière de passation de marchés⁵. Cette Directive contient des dispositions détaillées, un "délai de

⁴ A/CN.9/568, par. 102 à 113.

⁵ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les

suspension” analogue à celui que l’on trouve à l’article 56 de la Loi type, et autorise les juridictions nationales, dans certaines conditions, à priver d’effet un contrat signé. Cette directive est également destinée à lutter contre la passation illégale de marchés de gré à gré, que la Commission européenne considère comme la violation la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics. Elle cherche aussi à renforcer les recours par l’octroi de dommages et intérêts en plus de l’annulation des attributions de marchés. Des commentateurs ont exprimé l’avis que l’un des buts exprès de la nouvelle Directive, l’efficacité, signifiait que les systèmes nationaux résultants devraient être robustes et harmonisés. À cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le degré de cohérence entre les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption et de l’Union européenne, dont celles qui concernent les recours ne sont pas facultatives, et celles de la Loi type, qui le sont. Les premières sont un reflet plus récent de l’approche actuelle à l’égard des recours en matière de passation de marchés.

9. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner s’il faudrait donner davantage d’orientations à l’appui des dispositions de la Loi type relatives au recours. Les orientations actuelles traitent de la nécessité d’un système de recours, du défi que représente la rédaction de dispositions d’application universelle, et des procédures elles-mêmes, mais n’abordent pas d’autres questions de principe telles que l’organisme public qui accueillerait l’instance de recours, la portée ou la compétence du recours, la question de savoir si des personnes autres que les fournisseurs ou entrepreneurs devraient être en mesure d’engager un recours, les preuves et le niveau de preuve, et les mesures que l’instance de recours peut ordonner⁶. Bien que l’on puisse s’attendre à d’importantes différences d’un système à l’autre, le Groupe de travail considérera peut-être qu’un examen de ces questions de principe pourrait aider ceux qui élaborent la législation dans les différents États adoptants.

III. Conflits d’intérêts dans la passation de marchés

A. Généralités

10. Le terme “conflit d’intérêts” est largement utilisé dans les opérations commerciales légales, et la question est abordée dans de nombreux codes de conduite professionnels. Comme l’a noté la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), cependant, “malgré l’usage international de ce terme, il y a eu beaucoup de confusion et de problèmes graves, réels et perçus, en raison de l’absence de définition universellement acceptée des conflits d’intérêts”⁷.

directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l’amélioration de l’efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, accessible à http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies/remedies_fr.htm.

⁶ Pour une discussion plus complète des choix concernant les mécanismes de recours, voir “Constructing a bid protest process: the choices that every procurement challenge system must make”, Gordon. D.I., *Public Contract Law Journal*, Spring, 2006. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une référence expresse à cet article pourrait aider les législateurs.

⁷ Voir <http://www1.fidic.org/about/statement21.asp>. La Convention des Nations Unies contre la corruption ne contient pas de définition du terme “conflit d’intérêts”.

11. Il y a néanmoins un certain consensus sur la notion de conflit réel d'intérêts. Les conflits d'intérêts dans la passation de marchés ont été définis comme des "circonstances ou situations dans lesquelles les conseils, conclusions ou recommandations dans le cadre d'une tâche donnée ou le processus de sélection pour la tâche en question peuvent être influencés par des considérations extrinsèques découlant d'une autre tâche ou par l'intérêt privé de responsables de l'entité adjudicatrice"⁸. La FIDIC a la définition opérationnelle suivante de conflit d'intérêts concernant les consultants: "un conflit d'intérêts avec un consultant est une situation dans laquelle un consultant fournit des conseils professionnels impartiaux à un client en vue d'obtenir de ce client un avantage indu pour lui-même ou un associé et le met se faisant dans une position où ses propres intérêts pourraient prévaloir sur les intérêts du client". Ces dispositions mettent donc l'accent sur les conflits d'intérêts réels et non perçus ou potentiels⁹.

12. Le Programme Sigma (Appui à l'amélioration de la gouvernance et de la gestion, initiative conjointe de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et de l'Union européenne), d'un autre côté, a un point de vue plus strict sur les conflits d'intérêts, considérant "non seulement la situation dans laquelle il y a en fait un conflit inacceptable entre les intérêts d'un agent public en tant que citoyen privé et ses obligations en tant qu'agent public, mais aussi les situations dans lesquelles il y a un conflit d'intérêts apparent ou potentiel"¹⁰.

13. On a fait observer aussi que "[s]i des conflits d'intérêts peuvent conduire en fin de compte à la corruption ou à la collusion, ou à la fraude par défaut délibéré de signalisation de conflits d'intérêts, ils ne constituent pas en eux-mêmes des actes de corruption, de collusion ou de fraude"¹¹, et sont par conséquent généralement abordés dans le cadre de la promotion de l'intégrité. En d'autres termes, dans le cadre de l'application d'un principe général selon lequel les décisions de passation de marchés devraient être prises de manière équitable, transparente, impartiale et non discriminatoire, et ne pas être affectées par l'intérêt ou le gain personnels.

14. On trouve un exemple de cette approche dans le rapport de l'OCDE intitulé "Integrity in public procurement: Good practice from A to Z", qui contient des

⁸ Cette définition a été fournie au Secrétariat lors de consultations avec la Banque mondiale.

⁹ La définition se trouve à <http://www1.fidic.org/about/statement21.asp>.

¹⁰ "Conflict-of-interest policies and practices in nine EU member states: a comparative review", SIGMA Paper no. 36, GOV/SIGMA(2006)1/REV1, disponible à [http://www.oecd.org/olis/2006doc.nsf/linkto/gov-sigma\(2006\)1-rev1](http://www.oecd.org/olis/2006doc.nsf/linkto/gov-sigma(2006)1-rev1) (the "SIGMA paper"). Le document poursuit: "Un conflit d'intérêt apparent désigne une situation dans laquelle il y a un intérêt personnel qui pourrait raisonnablement être considéré par d'autres comme influençant les devoirs de l'agent public, même si en fait il n'y a pas une telle influence indue ou il peut ne pas y avoir une telle influence. Le risque de doutes quant à l'intégrité de l'agent et/ou de son organisation oblige à considérer un conflit d'intérêts apparent comme une situation qui devrait être évitée. Le risque d'intérêt potentiel peut exister lorsqu'un agent public a des intérêts en qualité de personne privée qui pourraient donner lieu à un conflit d'intérêts dans l'avenir. C'est le cas par exemple d'un agent public dont le conjoint serait désigné dans les semaines suivantes directeur exécutif ou PDG d'une société concernée par une décision récente de l'agent public, ce dernier sachant que son conjoint allait être nommé. La définition de base employée ici suppose donc qu'une personne raisonnable, connaissant tous les faits pertinents, conclurait que les intérêts privés de l'agent public pourraient influencer indûment sa conduite ou sa prise de décision."

¹¹ Ce commentaire a été fourni au Secrétariat lors de consultations avec la Banque mondiale.

indications sur la manière d'éviter et de traiter les situations de conflit d'intérêts¹². Le Projet d'accord révisé sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce¹³ contient la déclaration de principes suivante sur les conflits d'intérêts:

“Passation des marchés

4. Une entité contractante procédera à la passation de marchés visés d'une manière transparente et impartiale qui:
 - a) Est compatible avec le présent accord, au moyen de méthodes telles que l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres sélectif et l'appel d'offres limité;
 - b) Evite les conflits d'intérêts; et
 - c) Empêche les pratiques frauduleuses.

15. La Convention des Nations Unies contre la corruption exige que le système de passation de marchés traite, entre autres, de la question des conflits d'intérêts dans la passation des marchés. L'article 9-1 du texte dispose, en substance:

“Chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption. Ces systèmes, pour l'application desquels des valeurs-seuils peuvent être prises en compte, prévoient notamment ...

- e) [s]'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation.”

16. C'est à la lumière de cette exigence que le Groupe de travail “a examiné la recommandation formulée par la Commission à sa trente-neuvième session selon laquelle, en mettant à jour la Loi type et le Guide, le Groupe de travail devrait tenir compte de la question des conflits d'intérêts et examiner s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). Le Groupe de travail est convenu d'ajouter la question des conflits d'intérêts à la liste des thèmes à examiner dans le cadre de la révision de la Loi type et du Guide (A/CN.9/615, par. 11)”¹⁴.

¹² Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z (OECD, 2007). Le texte (en anglais) est disponible à http://www.oecd.org/document/60/0,3343,fr_2649_34135_38561148_1_1_1_1,00.html.

¹³ D'après le site Web de l'OMC, en décembre 2006, les négociateurs sont parvenus à un accord provisoire sur une révision du texte de l'accord plurilatéral de 1994. Cette entente est provisoire car elle est subordonnée à i) un contrôle légal; et ii) à une issue mutuellement satisfaisante sur l'autre aspect des négociations relatives à un nouvel Accord sur les marchés publics, à savoir celles qui portent sur l'extension de sa portée (c'est-à-dire les listes d'entités gouvernementales dont les marchés sont ouverts à la concurrence). Le texte révisé est disponible à <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1606/Uebereinkommen.pdf>.

¹⁴ A/CN.9/623, par. 4.

B. La nature des conflits d'intérêts dans la passation des marchés

17. Les exemples de conflits d'intérêts dans la passation de marchés communiqués au Secrétariat comprennent:

- a) Les conflits entre les activités de consultants et la passation de marchés de biens ou de travaux;
- b) Certains conflits dans le cadre de missions de consultants, par exemple l'établissement de mandats et la participation aux offres qui en résultent;
- c) L'exécution d'un projet ou d'une étude et l'évaluation du même projet ou de la même étude;
- d) La conception d'un projet et l'étude de son impact sur l'environnement;
- e) La fourniture de conseils au gouvernement et à l'acheteur dans, par exemple, des cas de privatisation;
- f) Un conflit dû à des relations familiales ou autres relations personnelles, par exemple, un fournisseur détenu en totalité ou en partie à un agent chargé des marchés ou sa famille, ou lorsqu'une mission de consultants est supervisée par un parent d'un expert principal dans le projet concerné;
- g) D'autres situations dans lesquelles la perspective de gains peut influencer sur l'objectivité d'une décision de passation de marché¹⁵.

18. Le Groupe de travail a également noté que des conflits d'intérêts pouvaient surgir en particulier lorsque le marché était sous-traité à des agences commerciales, comme cela pouvait être le cas dans les systèmes utilisant des outils de passation tels que les accords-cadres (par le recours à des centrales d'achat) et les enchères électroniques inversées, à propos desquelles il a noté que "l'utilisation des enchères électroniques inversées avait également suscité un certain nombre de préoccupations. En particulier, ces enchères: e) risquaient de créer un conflit d'intérêts chez les acteurs du marché, tels que les sociétés informatiques et les 'infomédiaires' ou 'opérateurs de marchés électroniques', et les centrales d'achat demandant une rémunération"¹⁶.

C. Les exigences de la Convention des Nations unies contre la corruption

19. On considère généralement que les exigences de l'article 9-1 e) de la Convention des Nations unies contre la corruption, ainsi que les dispositions de son article 8 ("Codes de conduite des agents publics"), qui demande que chaque État Partie encourage notamment "l'intégrité, l'honnêteté et la responsabilité" chez ses agents publics, s'efforce d'appliquer des codes ou normes de conduite¹⁷ signifient

¹⁵ Exemples provenant du guide de la FIDIC (voir note 1, *supra*), et communiqués au Secrétariat par la Banque mondiale.

¹⁶ A/CN.9/575, par. 54.

¹⁷ L'article 8-5 dispose que "Chaque État Partie s'efforce, s'il y a lieu et conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, de mettre en place des mesures et des systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes, notamment toutes

que la loi ou la réglementation applicable aux marchés publics devrait exiger que tous les droits, avoirs, offres d'hospitalité et cadeaux soient déclarés et comptabilisés. L'objet de la divulgation est d'identifier les conflits potentiels entre la position officielle d'un employé et ses intérêts privés, de manière à prévoir des protections appropriées contre de tels conflits. Cette approche est généralement celle qui est adoptée par les corps législatifs nationaux pour aborder les conflits d'intérêts, c'est-à-dire l'utilisation de dispositions sur la divulgation pour évaluer s'il peut exister un conflit d'intérêts réel et non potentiel, contre lequel des mesures puissent être prises¹⁸.

D. Approche de la réglementation des conflits d'intérêts

20. En plus des déclarations générales des objectifs des systèmes de passation de marchés énoncées ci-dessus, qui portent sur le principe de l'intégrité et de l'évitement des conflits d'intérêts dans les passations de marchés, il y a des exemples récents d'États adoptants qui ont promulgué des lois traitant des conflits d'intérêts comme sujet particulier. Au Canada, par exemple, les conflits d'intérêts sont traités dans la Loi sur les conflits d'intérêts, qui est entrée en vigueur le 9 juillet 2007¹⁹. Les dispositions applicables à la passation de marchés, contenues dans ses articles 14, 15, 35 et 36, interdisent aux titulaires de charge publique des services qui les emploient de conclure des contrats dans lesquels des membres de leurs familles ont un intérêt, dans les termes suivants: "14. 1) Il est interdit à tout titulaire de charge publique, qui en a d'ailleurs le pouvoir, dans l'exercice de ses fonctions officielles, de conclure un contrat ou d'entretenir une relation d'emploi avec son époux, son conjoint de fait, son enfant, son frère, sa sœur, sa mère ou son père." Des dispositions similaires s'appliquent à des catégories spécifiques de titulaires de charge publique. Ces articles interdisent également aux titulaires de charge publique d'exercer des activités extérieures y compris d'occuper un emploi ou d'exercer une profession, d'administrer ou d'exploiter une entreprise ou une activité commerciale, d'occuper ou d'accepter un poste d'administrateur ou de dirigeant dans une société ou un organisme, d'occuper un poste dans un syndicat ou une association professionnelle, d'agir comme consultant rémunéré, d'être un associé actif dans une société de personnes. La législation empêche aussi tout ex-titulaire de charge publique d'accepter un emploi au sein d'une entité avec laquelle il a eu des "rapports officiels directs et importants au cours de l'année ayant précédé la fin de son mandat"²⁰.

activités extérieures, tout emploi, tous placements, tous avoirs et tous dons ou avantages substantiels d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts avec leurs fonctions d'agent public."

¹⁸ Voir, par exemple, les dispositions canadiennes, disponibles à: http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/2007/0813_f.asp et les dispositions australiennes disponibles à http://www.nt.gov.au/dcis/procurement_policy/documents/policy/po7_conflict_interest.pdf.

¹⁹ Le texte intégral de la loi est disponible à http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/C-36.65//20070709/en?command=search&caller=SI&search_type=all&shorttitle=conflict%20of%20interest%20act&day=9&month=7&year=2007&search_domain=cs&showall=L&statuteyear=all&lengthannual=50&length=50.

²⁰ Les articles figurent intégralement à http://www.parl.gc.ca/ciec-ccie/fr/public_office_holders/conflict_of_interest/docs/ci_act.pdf.

21. En Australie, le Public Sector Employment and Management Act, Employment Instruction 13, contient un code de conduite qui s'applique à tous les agents chargés des marchés publics (en tant qu'agents publics). Les violations des exigences législatives et procédurales donnent lieu à des sanctions pénales ainsi qu'à des sanctions civiles telles que le licenciement²¹.

22. Aux États-Unis, le Procurement Integrity Act²² traite des conflits d'intérêts et l'on trouve d'autres règles dans le Federal Acquisition Regulation (FAR) (Règlement sur les marchés fédéraux). Le principe général est d'éviter tout conflit d'intérêts ou même l'apparence d'un conflit d'intérêts dans les relations État-entrepreneur. Les dispositions imposent des restrictions aux actes des agents publics et exigent que leur comportement officiel soit tel qu'ils n'auraient aucune réticence à divulguer intégralement leurs actes en public²³.

23. La politique de la Banque mondiale concernant les conflits d'intérêts est énoncée au paragraphe 1.08 b) de ses "Directives: Passation des marchés financés par les prêts de la BIRD et les crédits de l'AID" ("Directives sur la passation") et aux paragraphes 1.9 et 4.12 de ses Directives: Sélection et emploi de consultants par les emprunteurs de la Banque mondiale ("Directives sur les consultants")²⁴. La Banque note que les dispositions, qui sont énoncées ci-dessous, peuvent être transposées ou utilisées comme un ensemble de dispositions types dans les instruments législatifs nationaux, et sont généralement acceptées par les fournisseurs comme étant rationnelles, équitables et prévisibles:

a) L'article 1.8 b) des Directives sur la passation traite de l'admissibilité ou de la qualification: "Aucune entreprise engagée par l'Emprunteur afin de fournir des services de conseil pour la préparation ou l'exécution d'un projet, ni aucune entreprise qui lui est affiliée, n'est ultérieurement admise à fournir des biens, des travaux ou des services qui suivent ou qui sont directement liés aux services de conseil de ladite entreprise relatifs à ladite préparation ou exécution. Cette disposition ne s'applique pas aux diverses entreprises (consultants, entrepreneurs ou fournisseurs) qui concourent à l'exécution des obligations du titulaire d'un marché clefs en main ou d'un marché de conception et construction";

²¹ Voir http://www.nt.gov.au/dcis/procurement_policy/documents/policy/po7_conflict_interest.pdf.

²² Voir "Integrating Integrity and Procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law", Yukins, C. R., Public Contract Law Journal, vol. 36, n° 3, 2007, note 46, citant 41 U.S.C., 423.

²³ Federal Acquisition Regulation 3.101, 3.104-1 *et seq.* Voir également Yukins, op. cit., notes 46 et 47.

²⁴ Les Directives sur la passation peuvent être consultées à <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060840~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html>, et les Directives sur les consultants à <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060656~menuPK:93977~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html>.

b) L'article 1.9 des Directives sur les consultants traite des conflits d'intérêts: "Les règlements de la Banque exigent des consultants qu'ils fournissent des conseils professionnels, objectifs et impartiaux, qu'en toutes circonstances ils servent avant tout les intérêts de leur client sans faire entrer en ligne de compte l'éventualité d'une mission ultérieure et que lorsqu'ils dispensent leurs avis, ils évitent toute possibilité de conflit avec d'autres activités et avec les intérêts de leur société. Les consultants ne doivent pas être engagés pour des missions qui seraient incompatibles avec leurs obligations présentes ou passées envers d'autres clients ou qui risqueraient de les mettre dans l'impossibilité d'exécuter leur tâche au mieux des intérêts de l'Emprunteur. Sans préjudice du caractère général de ce qui précède, les consultants ne sont pas engagés dans les circonstances stipulées ci-après:

"i) Conflit entre les activités de consultant et la fourniture de biens, de travaux ou de services (autres que les services de consultants couverts par les présentes Directives): une entreprise qui a été engagée par l'Emprunteur pour réaliser des travaux ou fournir des biens ou des services (autres que les services de conseil couverts par les présentes Directives) pour un projet, et toutes les entreprises qui lui sont affiliées, ne pourront fournir des services de conseil relatifs à ces biens, travaux ou services. De la même manière, une entreprise engagée pour fournir des services de conseil en vue de la préparation ou de l'exécution d'un projet, et toutes les entreprises qui lui sont affiliées, ne sont pas ultérieurement admises à réaliser des travaux ou fournir des biens ou des services (autres que les services de conseil couverts par les présentes Directives) qui font suite ou sont directement liés aux services de conseil précédemment fournis par l'entreprise pour ladite préparation ou exécution;

ii) Conflit entre les missions de conseil: les consultants (y compris leur personnel et leurs sous-traitants) ni aucune des entreprises qui leur sont affiliées ne peuvent être engagés pour une mission qui, par sa nature, risque de s'avérer incompatible avec une autre de leurs missions de conseil. Ainsi, des consultants engagés pour préparer le dossier technique d'un projet d'infrastructure ne peuvent être engagés pour préparer une évaluation indépendante des aspects environnementaux du même projet, et les consultants qui aident un client à privatiser des actifs publics ne peuvent acquérir lesdits actifs ni conseiller les acheteurs de ces actifs. De même, les consultants engagés pour préparer les Termes de référence d'une mission ne peuvent être retenus pour la mission en question;

iii) Relation avec le personnel de l'Emprunteur: les consultants (y compris leur personnel et leurs sous-traitants) qui ont une relation d'affaires ou familiale avec un membre du personnel de l'Emprunteur (ou du personnel de l'organe d'exécution du projet ou d'un bénéficiaire du prêt) qui intervient directement ou indirectement dans i) la préparation des Termes de référence du marché, ii) le processus de sélection pour ledit marché ou iii) la supervision de ce même marché, ne pourront se voir attribuer un marché sauf si le conflit qui découle de cette relation a été réglé d'une manière acceptable par la Banque pour la durée du processus de sélection et de l'exécution du marché";

iv) L'article 1.10 des Directives sur les consultants traite de l'avantage compétitif inéquitable: "Pour assurer l'équité et la transparence du processus

de sélection, les consultants ou leurs filiales qui concourent pour une mission spécifique ne doivent pas bénéficier d'un avantage compétitif du fait qu'ils ont fourni des services de conseil liés à la mission en question. A cette fin, l'Emprunteur doit communiquer à tous les consultants qui figurent sur la liste restreinte, en même temps que la Demande de proposition, tous les renseignements qui donneraient à cet égard à un consultant un avantage compétitif par rapport aux autres candidats."

24. Le document SIGMA énumère ce qu'il qualifie: "[d']instruments les plus importants pour prévenir et éviter les conflits d'intérêts ... :

- a) Restrictions concernant les emplois secondaires;
- b) Déclaration du revenu personnel;
- c) Déclaration du revenu familial;
- d) Déclaration des biens personnels;
- e) Déclaration des biens familiaux;
- f) Déclaration des cadeaux;
- g) Sécurité et contrôle de l'accès aux informations internes;
- h) Déclaration des intérêts privés ayant trait à la gestion des contrats;
- i) Déclaration des intérêts privés ayant trait à la prise de décision;
- j) Déclaration des intérêts privés ayant trait à la participation ou une fonction de consultation;
- k) Divulgence publique des déclarations des revenus et des biens;
- l) Restrictions et contrôle des activités après emploi ou des activités des ONG;
- m) Restrictions et contrôle des cadeaux et autres formes d'avantages;
- n) Restrictions et contrôle des engagements concurrents externes (par exemple auprès d'une ONG, d'une organisation politique, ou d'une entreprise d'État);
- o) Récusation et révocation systématique des agents publics de leur fonction officielle lorsqu'ils participent à une réunion ou prennent une décision particulière qui les mettrait dans une position de conflit;
- p) Restrictions personnelles et familiales à la propriété de sociétés privées;
- q) Cession, soit par la vente de droits ou d'investissements dans des entreprises ou par la création d'une fiducie ou un accord de gestion sans droit de regard"²⁵.

25. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, dans un premier temps, la question de savoir si certaines ou la totalité des exigences de la convention des Nations unies contre la corruption énoncées à l'article 9-1 e) devraient être traitées dans le texte de la Loi type ou par des règlements ou faire l'objet d'autres

²⁵ Document SIGMA, op. cit.

orientations. Il y a peut-être lieu de rappeler que cette convention exige que le système de passation de marchés (et pas nécessairement son droit primaire en la matière) aborde ces questions, et que l'application des exigences correspondantes doit être faite "conformément aux principes fondamentaux du système juridique de [l'État Partie]".

26. Le Groupe de travail se souviendra peut-être aussi que le champ d'application de la Loi type, tel qu'il est indiqué dans le Guide pour l'incorporation qui l'accompagne, est le suivant: d'abord, il s'agit d'"une loi-cadre à compléter par une réglementation des marchés précisant dans le détail les procédures à suivre pour l'application des méthodes autorisées par la Loi type"²⁶, et elle traite des "procédures que les entités adjudicatrices doivent suivre pour le choix des entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels conclure un marché"²⁷. Par conséquent, elle ne traite pas de la structure administrative d'appui ni d'autres questions juridiques que l'on pourrait trouver dans d'autres textes de loi (droit administratif, droit des contrats administratifs, droit de la procédure judiciaire)²⁸. Il est dit dans le Guide pour l'incorporation: "On a supposé que tout État adoptant la Loi type disposait ou disposerait des structures institutionnelles et administratives appropriées, ainsi que du personnel requis pour gérer et administrer les procédures de passation des marchés décrites dans la Loi type"²⁹, questions qui, en conséquence, ne sont pas abordées dans le texte de la Loi type elle-même. Le Guide pour l'incorporation n'en poursuit pas moins avec une discussion des fonctions d'administration et de tutelle que l'État adoptant pourrait souhaiter mettre en place. La formation du personnel est mentionnée comme une considération importante au paragraphe 37 d) du Guide pour l'incorporation, comme exemple des fonctions liées à la supervision et au contrôle d'ensemble de la passation des marchés auxquels s'applique la Loi type et qui pourraient être déléguées à un organe ou une autorité centrale (par exemple, ministère des finances ou du commerce, ou une commission centrale des achats), ou à plusieurs entités de ce type.

27. Si le Groupe de travail considère que le texte de la Loi type devrait contenir des dispositions traitant des conflits d'intérêts, il souhaitera peut-être envisager de formuler des dispositions fondées sur le principe de l'intégrité, comme celles que l'on trouve dans l'Accord sur les marchés publics, ou prévoir une approche davantage fondée sur les règles comme celles que l'on trouve dans les autres dispositions citées aux paragraphes précédents. S'il choisit cette dernière approche, il voudra peut-être aborder le degré de détail de ces règles concernant, par exemple, le point de savoir si une liste comme celle qui est prévue dans le document SIGMA pourrait fournir des orientations utiles ou si le niveau de détail serait plus approprié pour le Guide ou des règlements. En outre, il souhaitera peut-être prévoir une période pendant laquelle il est interdit à un ancien agent public chargé des achats

²⁶ Guide pour l'incorporation, *Une loi-cadre à compléter par une réglementation des marchés*, par. 12.

²⁷ Le Guide pour l'incorporation énonce aussi que la Loi type ne vise pas les conditions du marché, la phase d'exécution du marché (*Introduction*, par. 12), y compris le règlement des litiges relatifs au contrat et, implicitement, la phase de planification du marché.

²⁸ Guide pour l'incorporation, *Une loi-cadre à compléter par une réglementation des marchés*, par. 14.

²⁹ Guide pour l'incorporation, par. 36.

d'accepter un emploi au sein d'une entité dont les activités sont liées à ses anciennes fonctions³⁰.

28. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner aussi dans quelle mesure le Guide pour l'incorporation devrait traiter des conséquences des manquements à des dispositions sur les conflits d'intérêts. À titre d'exemple d'une conséquence d'actions inappropriées figurant déjà dans la Loi type, il se souviendra peut-être des dispositions de l'article 15 (Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs), selon lequel "l'entité adjudicatrice rejette une offre, une proposition ou un prix si le fournisseur ou entrepreneur qui les lui a soumis propose, donne ou convient de donner, directement ou indirectement, ... un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer ..." pendant la procédure de passation de marché. La Banque mondiale note que la conséquence appropriée devrait correspondre au conflit concerné: par exemple, l'exclusion d'un fournisseur du marché si le conflit survient pendant le processus de passation, et l'exclusion d'un fournisseur des marchés futurs si le processus est achevé (en notant toutefois que cette dernière sanction est difficile à appliquer car les personnes morales ou physiques concernées peuvent changer).

29. En ce qui concerne les relations qui peuvent donner naissance à des conflits, les dispositions de la Banque mondiale visent à ce que l'agent chargé des marchés s'interdise lui-même de participer au processus de passation, ou bien à ce qu'il soit interdit d'attribuer le marché au fournisseur de services³¹. Il n'est pas possible d'atténuer ces conflits d'intérêts fondés sur les relations, de sorte que des sanctions comme celles qui sont indiquées ci-dessus sont la seule conséquence efficace, alors qu'il est possible de remédier à un avantage compétitif déloyal accordé à un

³⁰ L'article 12-2 e) exige que les États Parties préviennent les conflits d'intérêts "par l'imposition, selon qu'il convient et pendant une période raisonnable, de restrictions à l'exercice d'activités professionnelles par d'anciens agents publics ou à l'emploi par le secteur privé d'agents publics après leur démission ou leur départ à la retraite, lorsque lesdites activités ou ledit emploi sont directement liés aux fonctions que ces anciens agents publics exerçaient ou supervisaient quand ils étaient en poste". Le Canada, comme il a été noté plus haut, a des dispositions similaires, de même que les États-Unis dans le 5 C.F.R (Code des règlements fédéraux), 2635.604, et comme il est recommandé par l'OCDE dans son document "Integrity in Public Procurement". En fait, le règlement des États-Unis est à la fois détaillé et étendu: par exemple, il empêche une offre d'emploi d'un entrepreneur à un agent public surveillant les activités de cet entrepreneur, ou à l'enfant de cet agent public (voir Yukins, op. cit., citant 18 U.S.C., 208, et faisant référence à un compendium de lois des États-Unis régissant l'éthique dans la fonction publique, voir U.S. Office of Government Ethics, *Compilation of Federal Ethics Laws* (2004), disponible à http://www.usoge.gov/pages/laws_regs_fedreg_stats/comp_fed_ethics_laws.pdf).

³¹ La Banque mondiale incorpore des règles à cet effet dans ses offres et dans ses contrats. Le National Audit Office du Royaume-Uni note à propos des conflits d'intérêts liés à la vérification dans la passation de marchés: "7.27 Lors de la sélection des fournisseurs, il faudrait tenir compte de la mesure dans laquelle il existe des conflits d'intérêts impliquant des entreprises et les personnes qu'elles emploient, et la mesure dans laquelle ces conflits peuvent influencer sur les travaux entrepris. Des "cloisonnements étanches" dans l'entreprise ne sont pas considérés comme un moyen efficace à eux seuls de gérer les conflits. Ils peuvent toutefois être utilisés conjointement avec d'autres méthodes. Lors de l'élaboration des contrats, il faudrait envisager des clauses contractuelles pour empêcher les entreprises d'accroître leurs conflits d'intérêts. La Central Procurement Team devrait être consultée dans les cas difficiles, afin de maintenir la cohérence et d'éviter de créer des précédents inappropriés." (voir <http://www.nao.org.uk/manuals/procurement/chapter7.htm#conflict>).

fournisseur, par exemple en divulguant les informations concernées aux autres fournisseurs.

30. La Convention des Nations unies contre la corruption, dans les dispositions de son chapitre sur l'incrimination, la détection et la répression, prévoit des sanctions qui seraient appropriées pour les cas de corruption (articles 19 à 50), mais le Groupe de travail considérera peut-être qu'elles seraient d'une aide limitée pour les situations de conflits d'intérêts proprement dites.

31. Le Groupe de travail souhaitera peut-être à la place, ou en plus, aborder la question des conflits d'intérêts dans le Guide pour l'incorporation, par exemple en développant les commentaires figurant aux paragraphes 36 et 37 du texte actuel³². On trouvera un exemple d'orientations supplémentaires dans le document "Integrity in Public Procurement" de l'OCDE³³, qui comporte un chapitre intitulé "Prévenir le conflit d'intérêts et la corruption", où le sujet est abordé d'un point de vue fonctionnel et est introduit comme suit. Il est noté que les systèmes de passation de marchés exigent: "... un ensemble de valeurs et de normes éthiques claires précisant comment atteindre ces objectifs. Des orientations éthiques spécifiques ont été élaborées dans plusieurs pays pour définir clairement les restrictions et interdictions imposées aux agents chargés des marchés publics afin d'éviter les situations de conflits d'intérêts et de prévenir la corruption aux niveaux individuel et organisationnel". Le texte aborde ensuite les aspects suivants de la disposition sur les conflits d'intérêts: aspects organisationnels (séparation des tâches et autorisations), définition de normes éthiques pour les agents publics, définition de normes spécifiques pour les agents chargés des marchés publics, application de ces normes, et création de partenariats avec les soumissionnaires pour prévenir les conflits d'intérêts et la corruption. Des exemples sont donnés de mesures prises dans divers pays de l'OCDE et dans d'autres pays où une enquête a été menée pour la publication elle-même.

32. Les orientations peuvent également traiter, par exemple, des conditions appropriées de service, des mesures de contrôle de la procédure (telles que l'analyse comparative de la performance ou la rotation du personnel, pour éviter le risque d'incitations liées à une longue occupation du poste), des évaluations régulières, et des rapports confidentiels, et peuvent permettre d'évaluer des normes passées de conduite lors de la sélection de candidats à des postes d'agents chargés des marchés publics. Les règlements peuvent imposer une formation spécialisée en matière de passation de marchés et de comportement éthique.

33. Des orientations pour interpréter les affiliations, relations familiales et autres, l'avantage compétitif déloyal, et pour déterminer si l'application devrait être stricte ou conserver une certaine souplesse pourront également être considérées utiles³⁴, mais le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il ne serait pas

³² Par. 26 et note 29, ci-dessus.

³³ OCDE, Integrity in Public Procurement, op. cit.

³⁴ Il peut être approprié de faire preuve de souplesse lorsque l'on peut remédier au comportement. Par exemple, lorsqu'un avantage compétitif déloyal a été consenti à un fournisseur, la communication des informations pertinentes à tous les fournisseurs peut apaiser les craintes, et il n'est peut-être pas nécessaire de prendre d'autres mesures dans le cadre de la passation de marchés (par opposition à la position de l'agent chargé des marchés, qui peut justifier d'autres mesures).

préférable de faire référence à d'autres publications au lieu de donner des orientations détaillées dans le Guide pour l'incorporation lui-même, étant donné en particulier les développements continus de cet aspect de la réglementation de la passation des marchés. À cet égard, le Groupe de travail se souviendra peut-être que le paragraphe 40 de l'actuel Guide pour l'incorporation renvoie le lecteur au Guide n° 23 ("Improving Public Procurement Systems"), publié par le Centre du commerce international CNUCED /GATT (Genève), publication qui, est-il indiqué, "examine un certain nombre de questions qui sont du domaine des institutions, des politiques ou de la formation et du perfectionnement du personnel et ont trait à la passation des marchés publics".

IV. Marchés de services

34. À sa sixième session, le Groupe de travail a débattu de la question de savoir s'il fallait revoir la Loi type pour réduire la gamme de services pour lesquels la "méthode principale de passation de marchés de service" prévue aux articles 37 à 45 pouvait être utilisée. Il a considéré que les dispositions relatives aux services avaient dans la pratique donné des résultats satisfaisants, en particulier pour les marchés de services intellectuels (services qui ne débouchaient pas sur des produits physiques mesurables, tels les services de consultants ou autres services professionnels), mais que dans les cas où l'entité adjudicatrice pouvait donner des spécifications qualitatives et quantitatives avant la passation, de telles dispositions pouvaient être moins appropriées. On a fait observer aussi que le fait d'avoir traité séparément dans la Loi type les services des autres marchés avait conduit à mettre l'accent sur les caractéristiques particulières de certains marchés de services³⁵.

35. À cette sixième session, après avoir examiné si a) l'utilisation de la principale méthode de passation de marchés de services devrait être limitée aux services intellectuels; b) l'appel d'offres devrait être la méthode principale de passation de marchés de services; et c) si l'appel d'offres devrait être la deuxième méthode préconisée après la sollicitation de propositions (ou vice versa), le Groupe de travail est convenu à titre préliminaire que les diverses méthodes de passation des marchés de services actuellement prévues devaient être conservées dans la Loi type et qu'il n'était donc pas nécessaire de réviser cette dernière sur ce point. Cependant, on a également appuyé la nécessité de formuler dans le Guide pour l'incorporation des orientations complémentaires sur l'utilisation de chaque méthode, en fonction du type de services en question et des circonstances de l'espèce. Ainsi, par exemple, les orientations pourraient traiter de l'opportunité de faire appel à la principale méthode de passation des marchés de services principalement pour les services intellectuels, de la manière d'aborder les définitions (des "services intellectuels" et autres concepts de services), de la manière d'aborder les projets qui pourraient comprendre plusieurs étapes et les projets mixtes, et du degré de détail des orientations, compte tenu du souhait du Groupe de travail d'éviter des prescriptions excessives dans la Loi type et le Guide pour l'incorporation.

36. En outre, et afin de répondre à certaines des préoccupations soulevées à la sixième session quant au recours excessif ou à l'utilisation inappropriée des dispositions relatives aux services, le Guide pourrait exposer dans le détail la

³⁵ A/CN.9/568, par. 79 à 93.

philosophie sous-jacente au chapitre II de la Loi type (qui exige que la passation de marchés de biens et de travaux soit menée selon une procédure d'appel d'offres, à moins que l'une des méthodes alternatives ne soit justifiée) et comment cette philosophie pourrait être appliquée à la passation de marchés de services. Par exemple, il pourrait faire référence à une présomption en faveur de la procédure d'appel d'offres pour la passation de marchés de services (et non au choix plus libre actuellement disponible), à moins que les circonstances ne justifient l'utilisation des dispositions plus souples concernant les services. Ces circonstances pourraient comprendre celles qui sont examinées aux paragraphes 88 à 93 du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa sixième session³⁶.

37. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être fournir des orientations complémentaires au Secrétariat sur la question de la passation des marchés de services, en s'inspirant des discussions qu'il a eues à sa sixième session ainsi que des paragraphes 41 à 44 d'une note établie par le Secrétariat pour cette session (A/CN.9/WG.I/WP.32), en particulier en ce qui concerne le degré de détail des orientations complémentaires à faire figurer dans le Guide pour l'incorporation.

³⁶ A/CN.9/568.